J. pract. 37 fg Civilprocess-Ordnung
(1

DIE

CIVILPROZESS-ORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH.

72 D

DIE

CIVILPROZESS-ORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH

NEBST EINFÜHRUNGS-GESETZ.

ERLÄUTERT

VON

JULIUS PETERSEN,

SENATSPRÄSIDENT
AM K. OBERLANDESGERICHT IN COLMAR.

ZWEITE VERMEHRTE UND VERBESSERTE AUFLAGE.

LAHR.
DRUCK UND VERLAG VON MORITZ SCHAUENBURG
1883.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

VORWORT

zur ersten Auflage.

Die grosse Zahl von Kommentaren zur deutschen Civilprozess-Ordnung, die bis jetzt angekündigt wurden und bei denen grösstentheils die Veröffentlichung bereits begonnen hat, rechtfertigt wohl ein Wort der Erklärung, wenn diese Zahl durch ein neues Werk vermehrt werden soll. Die Rechtfertigung liegt aber wieder so nahe, dass es keiner weitläufigen Auseinandersetzung bedarf.

Bei der ungeheuren Bedeutung, welche die neue Justizgesetzgebung, die auf einem ausgedehnten Gebiete die Rechtseinheit verwirklicht und zugleich nach vielen Richtungen eine grossartige Reform durchführt, für das Rechtsleben des deutschen Volkes hat, und bei den Schwierigkeiten, welche sich der praktischen Durchführung dieser Gesetzgebung und dem Einleben in den Geist derselben entgegenstellen ist es gewiss wünschenswerth, dass die Erläuterung der einzelnen Gesetzbücher von recht vielen Seiten unternommen wird. Es kann der Sache nur förderlich sein, wenn sich Juristen aus allen Theilen Deutschlands, in denen heute verschiedenes Recht gilt, bemühen, die Einführung und das Verständniss der neuen Gesetzgebung zu erleichtern. Eine möglichst zahlreiche Betheiligung an diesem Werke ist aber auch aus dem Grunde erwünscht, weil der Natur der Sache nach die Aufgabe von den verschiedenen Personen meist in anderer Weise aufgefasst wird und die verschiedenen Auffassungen sich ergänzen. Einem Einzelnen wird es kaum gelingen, bei der von ihm gewählten Behandlungsweise allen Ansprüchen zu genügen. Wohl aber wird die Vereinigung vieler Kräfte und das Zusammenwirken von verschiedenen Methoden der grossen Aufgabe gerecht werden können.

Dass es in erster Linie darauf ankommt, die Gesetze nach ihrem Wortlaut und dem Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen zu erläutern, versteht sich von selbst. Es liegt aber ebenso auf der Hand, dass dadurch der Sinn und die Tragweite der gesetzlichen

Vorschriften nicht immer klar gestellt werden kann, es vielmehr zum Zweck der Auslegung wie zur Ergänzung des Gesetzes häufig nothwendig ist, andere Hülfsmittel anzuwenden und insbesondere auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Quellen desselben zurückzugehen. Der Verfasser wird sich desshalb bemühen, das ganze in dieser Beziehung vorliegende Material möglichst vollständig zu verwerthen. Dies soll in der Weise geschehen, dass das Eindringen in den Geist des Gesetzbuches und das Verständniss der einzelnen Bestimmungen in der Regel ermöglicht wird, ohne dass man in jedem einzelnen Fall auch die Gesetzgebungs-Verhandlungen nachzuschlagen braucht. Andererseits soll auch das Aufsuchen der Quellen möglichst erleichtert werden. Da aber das Gesetz selbst und die früheren Prozessordnungen und Entwürfe, aus denen dasselbe hervorgegangen ist, offenbar nicht genügen, um die Zweifel und Streitfragen, die sich bei der Anwendung ergeben werden, vorauszusehen und deren Beseitigung bezw. Beantwortung zu ermöglichen, sollen auch die geltenden Gesetzgebungen thunlichst berücksichtigt werden. Die Vergleichung mit dem ältern Recht und die Prüfung der unter der Herrschaft desselben entstandenen Kontroversen wird es, wie der Verfasser hofft, möglich machen, in einer grossen Zahl von Fällen schon von vornherein zu übersehen, wo sich auch bezüglich des neuen Gesetzbuchs Streitfragen ergeben werden und zugleich deren Beantwortung zu erleichtern.

Dass bei der Schwierigkeit dieser Aufgabe deren Lössung nur in unvollkommener Weise gelingen kann, verhehlt sich der Verfasser nicht, glaubt aber, dass jeder Beitrag in dieser Beziehung von Nutzen sein wird.

VORWORT
zur zweiten Auflage.

Die vorliegende Auflage ist als eine „vermehrte und verbesserte“ bezeichnet worden, weil das seit dem Erscheinen der ersten Auflage bekannt gewordene wissenschaftliche Material in eingehender Weise berücksichtigt und dadurch der Inhalt des Kommentars ein viel reichhaltigerer geworden ist. Soweit es sich um schriftstellerische Erzeugnisse handelt, wurde nicht bloss auf alle später erschienenen Kommentare bezw. Lehrbücher sondern auch auf die dem Verfasser zugänglich

gewordenen Abhandlungen und Aufsätze Rücksicht genommen. Von gerichtlichen Entscheidungen wurden in erster Linie diejenigen des Reichsgerichts und der einzelnen Oberlandesgerichte, im Falle eines besonderen Interesses auch aber Entscheidungen von Landgerichten ja hie und da von Amtsgerichten mitgetheilt.

Das Bestreben des Verfassers war darauf gerichtet, eine möglichst vollständige Uebersicht über die in ganz Deutschland erwachsene Literatur zu gewähren und den Juristen der einzelnen Länder nicht bloss die rasche Auffindung der in ihrem eigenen Land ergangenen Entscheidungen und erschienenen Abhandlungen zu erleichtern, sondern auch einen Ueberblick über die Rechtsentwicklung in den anderen Ländern zu ermöglichen. Zur Erreichung dieses Zwecks wurde keinerlei Mühe gescheut und wurden ausser den in Colmar zu erlangenden auch alle diejenigen juristischen Zeitschriften studirt und benützt, welche sich in der Strassburger Universitäts- und Landesbibliothek vorfinden und welche dem Verfasser mit grösster Liberalität, für welche nicht genug gedankt werden kann, zur Verfügung gestellt wurden. In einem Nachtrag wurden die während des Drucks bekannt gewordenen wichtigeren Entscheidungen zusammengestellt, welche im Werk selbst nicht mehr mitgetheilt werden konnten. Auch wurde auf dieselben im Register verwiesen, so dass der Leser sämmtliche bis in die neueste Zeit erschienenen Entscheidungen besonders die des Reichsgerichts leicht auffinden kann. Es wurde übrigens nicht bloss das neu hinzugekommene Material in der Weise verwerthet, dass neue Zusätze gemacht wurden. Vielmehr hat der Verfasser die Bearbeitung selbst überall nach Form und Inhalt neu geprüft und häufig eine vollständige Umarbeitung vorgenommen. Wo diese Prüfung Irrthümer in der ersten Auflage erkennen liess, wurden diese verbessert, wo die Begründung unvollständig erschien, dieselbe ergänzt. Die Art der Behandlung wurde im Ganzen beibehalten. Doch wurde in jeder Weise, besonders durch Streichung jetzt überflüssig erscheinender Ausführungen, knappere Ausdrucksweise und Veränderungen der Ueberschriften u. s. w. eine Verringerung des Umfangs des Kommentars angestrebt. Auch ist es ungeachtet der Vermehrung des Inhalts gelungen die Zahl der Seiten um 158 zu vermindern und es so dem Verleger ermöglicht das ganze Werk in einem Bande auszugeben.

INHALT.

ERSTES BUCH.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.

Gerichte.

Erster Titel.	Sachliche Zuständigkeit der Gerichte	§§	1— 11
Zweiter „	Gerichtsstand .	„	12— 37
Dritter „	Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte . .	„	38— 40
Vierter „	Ausschliessung und Ablehnung der Gerichtspersonen .	„	41— 49

Zweiter Abschnitt.

Parteien.

Erster Titel.	Prozessfähigkeit	„	50— 55
Zweiter „	Streitgenossenschaft	„	56— 60
Dritter „	Betheiligung Dritter am Rechtsstreite	„	61— 73
Vierter „	Prozessbevollmächtigte und Beistände	„	74— 86
Fünfter „	Prozesskosten	„	87—100
Sechster „	Sicherheitsleistung	„	101—105
Siebenter „	Armenrecht .	„	106—118

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel.	Mündliche Verhandlung	„	119—151
Zweiter „	Zustellungen .	„	152—190
Dritter „	Ladungen, Termine und Fristen	„	191—207
Vierter „	Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .	„	208—216
Fünfter „	Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens . . .	„	217—229

ZWEITES BUCH.

Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt.

Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel.	Verfahren bis zum Urtheile	§§ 230—271
Zweiter „	Urtheil	„ 272—294
Dritter „	Versäumnissurtheil	„ 295—312
Vierter „	Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen	„ 313—319
Fünfter „	Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme	„ 320—335
Sechster „	Beweis durch Augenschein	„ 336—337
Siebenter „	Zeugenbeweis	„ 338—366
Achter „	Beweis durch Sachverständige	„ 367—379
Neunter „	Beweis durch Urkunden	„ 380—409
Zehnter „	Beweis durch Eid	„ 410—439
Elfter „	Verfahren bei der Abnahme von Eiden	„ 440—446
Zwölfter „	Sicherung des Beweises	„ 447—455

Zweiter Abschnitt.

Verfahren vor den Amtsgerichten „ 456—471

DRITTES BUCH.

Rechtsmittel.

Erster Abschnitt	**Berufung**	„ 472—506
Zweiter Abschnitt.	**Revision**	„ 507—529
Dritter Abschnitt.	**Beschwerde**	„ 530—540

VIERTES BUCH.

Wiederaufnahme des Verfahrens . . „ 541—554

FÜNFTES BUCH.

Urkunden- und Wechselprozess 555—567

SECHSTES BUCH.

Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.

Verfahren in Ehesachen „ 568—592

Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Entmündigungssachen . . . „ 593—627

SIEBENTES BUCH.

Mahnverfahren §§ 628—643

ACHTES BUCH.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen „ 644—707

Zweiter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.
I. Allgemeine Bestimmungen „ 708—711
II. Zwangsvollstreckung in körperlichen Sachen . . . „ 712—728
III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte „ 729—754
Zweiter „ Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen „ 755—757
Dritter „ Vertheilungsverfahren „ 758—768

Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen §§ 769—779

Vierter Abschnitt.

Offenbarungseid und Haft „ 780—795

Fünfter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügungen . . . „ 796—822

NEUNTES BUCH.

Aufgebotsverfahren „ 823—850

ZEHNTES BUCH.

Schiedsrichterliches Verfahren . . . „ 851—872

Erklärung
der häufig vorkommenden Abkürzungen.

C.-P.-O. = Civilprozess-Ordnung.
E. = Entwurf der deutschen Civilprozess-Ordnung, wie er dem deutschen Reichstag vorgelegt wurde.
J. M. E. = Entwurf des preussischen Justizministeriums vom Jahre 1871.
n. E. = (norddeutscher Entwurf) Entwurf einer Civilprozess-Ordnung für den norddeutschen Bund vom Jahre 1869.
h. E. = (hannöverischer Entwurf) Entwurf der in Hannover tagenden Kommission vom Jahr 1866.
M. = Motive zum Entwurf, wie er aus den Berathungen des Bundesraths hervorging.
K. = Protokolle der Justizkommission.
St. B. = Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstags.
n. Pr. = Protokolle der norddeutschen Kommission vom Jahre 1868—1869.
B. = Bericht der Justizkommission bezüglich der Civilprozess-Ordnung.
E.-G. = Einführungs-Gesetz der deutschen Civilprozess-Ordnung.
G.-V.-G. = Gerichtsverfassungs-Gesetz.

NB. Die Motive werden nach der 1874 bei Kortkampf in Berlin erschienenen Ausgabe des Entwurfs mit Motiven und Anlagen angeführt, die verschiedenen Kommentare, bezw. Lehrbücher einfach durch die Namen der Verfasser bezeichnet. Die juristischen Zeitschriften und Urtheilssammlungen, welche bei der zweiten Auflage benützt wurden, sind folgende:

1. Annalen des Reichsgerichts.
2. Annalen der badischen Gerichte.
3. Annalen des sächsischen Oberlandesgerichts.
4. Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe (Seufferts Archiv).
5. Archiv für civilist. Praxis.
6. Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der preus. Rheinprovinz (Rhein.-Archiv).
7. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts begr. von Gruchot, jetzt herausgegeben von Rassow und Küntzel.
8. Blätter für Rechtsanwendung in Bayern.
9. Blätter für Rechtspflege in Thüringen.
10. Deutsche Juristenzeitung (von Wallmann).
11. Entscheidungen des Reichsgerichts.
12. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
13. Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Bayern.
14. Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.
15. Jurist. Zeitschrift für Elsass-Lothringen.
16. Magazin für das d. Recht der Gegenwart (Hannover).
17. Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
18. Wenglers Archiv für civilrechtl. Entscheidungen (Sachsen).
19. Würtemberg. Archiv.
20. Würtemberg. Gerichtsblatt.
21. Zeitschrift für deutschen Civilprozess von Busch.
22. Zeitschrift für französ. Civilrecht von Puchelt.
23. Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht von Hauser.

EINLEITUNG.

Seit dem Beginn dieses Jahrhunderts wurde in Deutschland die Forderung nach „Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens“ häufig geltend gemacht. Insbesondere wurde dieser Ruf im Jahre 1848 vielfach erhoben und die Gewährung der Forderung auch in vielen Ländern als „Märzerrungenschaft“ zugesagt. Während auf dem Gebiete des Strafverfahrens „Oeffentlichkeit und Mündlichkeit“ fast allenthalben zur Geltung gelangte, erwies sich die Durchführung der damit gestellten Aufgabe aber, soweit es sich um den Civilprozess handelte, als viel schwieriger und soweit hiermit überhaupt ein ernstlicher Versuch gemacht wurde, gelang derselbe in den meisten Fällen nicht im ersten Anlaufe. Nur in Hannover, wo ein Verfassungsgesetz vom 5. September 1848 angeordnet hatte, „dass die Gerichtsverfassung nach dem Grundsatze der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit in bürgerlichen Sachen geregelt werden solle“, wurde durch die „bürgerliche Prozessordnung“ vom 8. November 1850 dieser Grundsatz zur Anerkennung gebracht. Ja man setzte sich dort das Ziel, „den Grundsatz der Mündlichkeit oder der Unmittelbarkeit der Verhandlungen eines Rechtsstreits vor den zur Entscheidung berufenen Richtern in noch freierer und entscheidenderer Weise durchzuführen, als es im *Code de procédure* geschehen sei.“ [1])

Der in Hannover unternommene Versuch, bei dem es sich nicht um eine Nachahmung der französischen Civilprozess-Ordnung handelte sondern der Zweck verfolgt wurde, den Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens durchzuführen, im Uebrigen aber thunlichst die Grundlagen des gemeinen Prozesses festzuhalten, erregte im Allgemeinen grosse Aufmerksamkeit. Als der Bundestag am 6. Februar 1862

[1]) V. Leonhard: Die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover Bd. II. S. 1 u. ff. insbes. S. 3.

eine Kommission niedersetzte, um eine Civilprozess-Ordnung für ganz Deutschland zu entwerfen, schlug diese desshalb ihren Sitz in Hannover auf, wo sie vom 15. September 1862 bis 24. März 1866 tagte. Dass die Thätigkeit dieser Kommission nicht den gewünschten Erfolg haben werde, war bei den damaligen Verhältnissen und dem Umstande, dass sich Preussen von den Berathungen ausgeschlossen hatte, zu erwarten gewesen. Nichts destoweniger sind aber die in Hannover stattgehabten Verhandlungen und der aus ihnen hervorgegangene (sog. „hannöverische“) Entwurf für die spätere Entwicklung von erheblicher Bedeutung. Nicht blos wurde auf dieselben bei allen späteren Gesetzgebungsarbeiten, insbesondere dem „norddeutschen Entwurf“ vielfach Rücksicht genommen. Es diente der „hannöverische Entwurf“ auch im Wesentlichen als Grundlage für mehrere in deutschen Einzelstaaten eingeführte Prozessordnungen, insbesondere für die Prozessordnung für das Grossherzogthum Baden vom Jahre 1864 und die württembergische Civilprozess-Ordnung vom Jahre 1868, welche ihrerseits wieder auf die Entwürfe, aus denen schliesslich die deutsche Civilprozess-Ordnung hervorging, von Einfluss waren.

Ausser diesen, mehr oder weniger durch die hannöverische Civilprozess-Ordnung beeinflussten Gesetzbüchern und Entwürfen zeigte sich auf anderen Gebieten eine gleichfalls auf die Reform des Civilprozessrechts gerichtete Thätigkeit, welche von einer etwas abweichenden Strömung beherrscht war. Die preussische Regierung hatte schon am 25. Februar 1861 eine Kommission von Juristen niedergesetzt und dieser aufgegeben, den Entwurf zu einer Civilprozess-Ordnung auszuarbeiten, „die sich zur Einführuug in allen Theilen der Monarchie, womöglich aber auch zur Herbeiführung eines gemeinsamen deutschen Gesetzbuchs eignen sollte.“ Diese Kommission tagte neben der „hannöverischen Kommission“ fort und der von ihr aufgestellte (sogen. „preussische“) Entwurf vom Jahr 1864 betonte ebenfalls die Nothwendigkeit eines auf dem Grundsatz der Mündlichkeit beruhenden Verfahrens. Von dem Grundsatz ausgehend, „dass eine Verschmelzung der beiden grossen sich entgegenstehenden Prozesssysteme nicht möglich sei“, schloss sich dieser Entwurf aber in viel höherem Grade als es in der hannöverischen Prozessordnung geschehen war und im hannöverischen Entwurf geschah an das rheinische Verfahren an und verzichtete ausdrücklich darauf, die hannöverische Prozessordnung, an welcher hauptsächlich das „Festhalten an der Eventualmaxime“ getadelt wurde, zum Vorbild zu nehmen.[1]) In ähnlicher Weise ver-

[1]) V. Motive zum preussischen Entwurf S. 1 und ff. insb. S. 9.

fuhr man in Bayern, wo man aus denselben Gründen beschloss, sich an den französischen, in der Rheinpfalz in Geltung befindlichen, Civilprozess anzuschliessen.[1]) Die in Bayern geltende „Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ vom Jahr 1869 wird desshalb ebenso wie der preussische Entwurf vom Jahr 1864 zu der Gruppe gerechnet, welche unmittelbar auf dem französischen *Code de procédure* beruht.[2])

Als der norddeutsche Bund, nach dessen Verfassung (Art. 4, Z. 13) auch das „gerichtliche Verfahren“ zu den der Gesetzgebung des Bundes unterliegenden Angelegenheiten gehörte, sich mit der Herstellung einer gemeinsamen Civilprozess-Ordnung befasste, fehlte es, wie aus den bisherigen Mittheilungen erhellt, nicht an Material, das benützt werden konnte. Vielmehr fragte es sich nur, welche Prozessordnungen bezw. Entwürfe zu Grund gelegt werden sollten. Anfangs entschied man sich dafür, dass die durch Beschluss des Bundesraths vom 10. Dezember 1867 eingesetzte „norddeutsche Kommission“ in erster Linie den „preussischen Entwurf“ vom Jahr 1864 unter geeigneter Berücksichtigung des „hannöv. Entwurfs“ zu Grund legen solle. Die Kommission beschloss aber[3]) „statt des preussischen Entwurfs den „hannöverischen Entwurf“ unter fortwährender Vergleichung mit dem preussischen Entwurf vom Jahr 1864 als Leitfaden zu benützen.“

Der von dieser „norddeutschen Kommission“, die vom 3. Januar 1868 bis 21. Juli 1869 in Berlin tagte, in 299 Sitzungen aufgestellte „norddeutsche Entwurf“ wurde im preussischen Justizministerium nochmals umgearbeitet. Nachdem inzwischen das Deutsche Reich aufgerichtet worden war, wurde sodann vom Bundesrath am 8. Mai 1871 zur endgültigen Feststellung eines Entwurfs nochmals eine Kommission von zehn Juristen berufen, welche ihren Berathungen „den erwähnten preussischen Justizministerialentwurf in Verbindung mit dem Entwurf der „norddeutschen Kommission“ und den sonstigen legislativen Vorarbeiten“ zu Grund legen sollte. Auch diese Kommission, welche am 7. September 1871 in Berlin zusammentrat und ihre Berathungen am 7. März 1872 beendigte, „hat die neueren Prozessordnungen und Entwürfe in eingehender Weise berücksichigt“, und der von ihr aufgestellte Entwurf, „der im Wesentlichen die im Entwurf des preussischen Justizministeriums aufgestellten Prinzipien

[1]) S. Entwurf zur bayr. Prozessordnung mit Motiven vom Jahr 1861 S. 543 ff.

[2]) V. Mot. zum Entwurf der deutschen Civilprozess-Ordnung S. 390 ff.

[3]) S. norddeutsche Protokolle Band I S. 9.

adoptirte, die einzelnen Bestimmungen aber vielfach abänderte",[1]) wurde nun endlich dem Bundesrath vorgelegt. Auch hier wurden noch einige Abänderungen getroffen, von welchen die Zustellung durch die Post und die Zulassung der nach dem Entwurf der Kommission ausgeschlossenen Berufung als die wichtigsten hervorzuheben sind. Mit diesen Umgestaltungen wurde nun aber der letzte Entwurf zugleich mit den Entwürfen zu einem Gerichtsverfassungs-Gesetz, einer Strafprozess-Ordnung mit den hierzu nöthigen Einführungs-Gesetzen im Herbst 1874 dem deutschen Reichstage vorgelegt. Hier wurden diese Gesetzentwürfe vom 27. November 1874 einer besonderen Kommission von 28 Mitgliedern (Justizkommission) überwiesen und es wurde durch das Gesetz vom 23. Dezember 1874 „betr. die geschäftliche Behandlung der Entwürfe eines Gerichtsverfassungs-Gesetzes etc." (R.-G.-Bl. S. 194 und 195) die Kommission ermächtigt „ihre Verhandlungen nach dem Schlusse der gegenwärtigen Session des Reichstags bis zum Beginn der nächsten ordentlichen Session desselben fortzusetzen."

Da diese Zeit zur vollständigen Durchberathung nicht genügte, wurden sodann in der nächsten Session am 29. Oktober 1875 die Mitglieder der Justizkommision zunächst durch Akklamation zu Mitgliedern einer nach § 24 der Geschäftsordnung zu bildenden Kommission gewählt. Sodann wurden deren Befugnisse durch Gesetz vom 1. Februar 1876 nochmals verlängert. Im Namen dieser Kommission, welche den Entwurf der Civilprozess-Ordnung nebst Einführungs-Gesetz in zwei Lesungen durchberathen hatte, wurde dem Reichstag vom Abg. Becker Bericht erstattet. Die Vorschläge der Kommission wurden en bloc angenommen.

Nach dem Zeugniss des Berichterstatters[2]) hat in dieser Reichstagskommission, „soweit es sich um den materiellen Inhalt des Entwurfs handelte, eine grosse Mehrheit allen wesentlichen, in sich zusammenhängenden und die Symetrie des Ganzen bedingenden, Bestimmungen einfach zugestimmt, und zwar nicht blos der Grundlage, auf welcher der Umbau errichtet ist, sondern auch der Konstruktion des Gebäudes, seiner Einrichtung im Innern, den verschiedenen Arten des Verfahrens in erster Instanz, dem Verfahren bezüglich der Rechtsmittel etc. bis zu dem den Prozess abschliessenden Vollstreckungsverfahren." Man ging von der Ueberzeugung aus, „dass alle wesentlichen Einrichtungen des neuen Prozesses unter einander zusammenhängen und in diesem Zusammenhang einander bedingen, den gewollten

[1]) V. Begründung des Entwurfs von 1872, Vorwort S. III. und ff. und Mot. zum Entwurf der d. C.-P.-O. S. 387. und ff.

[2]) S. Bericht S. 2.

Erfolg aber auch nur in ihrer Gesammtheit verbürgen." Desshalb wollte man an den allgemeinen Grundlagen des Entwurfs nicht rütteln und „scheiterten an der von der Mehrheit gewonnenen Ueberzeugung alle Versuche einzelner Mitglieder, die wesentlichen Einrichtungen zu Gunsten grösserer Schriftlichkeit oder grösserer Gebundenheit der Richter zu beschränken." So wichtig desshalb bezüglich der Beurtheilung der einzelnen Bestimmungen und der vielfach veränderten Fassung die Protokolle der Justizkommission des Reichstags sind, so wird man sich doch, soweit es sich um das Gesetz im Ganzen und die demselben zu Grund liegenden allgemeinen Erwägungen handelt, sofern der Wortlaut des Gesetzes dieselben nicht schon mit Bestimmtheit erkennen lässt, im Allgemeinen an die den verschiedenen Entwürfen, namentlich der Vorlage des Bundesraths, beigegebenen Begründungen halten müssen, welche durch den Bericht der Reichstagskommission in angemessener Weise ergänzt werden.[1])

Die Grundgedanken, welche die ganze Richtung des Gesetzbuchs bestimmt haben, hier darzulegen, ist weder angemessen noch ausführbar. Diese Darlegung muss vielmehr der Erläuterung im Einzelnen vorbehalten bleiben. Nur das soll bemerkt werden, dass das Gesetzbuch, wenn es auch als Ergebniss der stattgehabten Entwicklung erscheint und im Einzelnen vielfach an schon früher geltendes Recht, wie an die vorausgegangenen Entwürfe anknüpft, doch im Ganzen als selbstständige, eigenartige Schöpfung, nicht als Nachahmung oder Fortbildung einer bestimmten Gesetzgebung anzusehen ist. Von dem gemeinen Civilprozessrecht wie von dem preussischen Recht ist dasselbe, soviel es auch im Einzelnen aus diesen Quellen geschöpft hat, seiner Grundrichtung nach verschieden. Aber auch der rheinisch-französische Prozess wurde bei aller Anerkennung, die derselbe in einigen Richtungen fand, „wegen mancher dem deutschen Rechtsbe-

[1]) Bezüglich der Bedeutung dieser Motive wurde zwar im Reichstag vom pr. Justizminister Leonhard (St. B. 1874 I S. 275) erklärt, die verbündeten Regierungen könnten die Vertretung der Motive, welche weder im Bundesrath selbst noch im Justizausschuss desselben hätten geprüft werden können, nicht übernehmen; derselbe fügte aber bei, dieser Umstand werde kaum von besonderer Bedeutung sein da die Motive von Männern, welche den Arbeiten sehr nahe gestanden hätten, mit ebensoviel Sorgfalt als Einsicht in die Verhältnisse geordnet worden seien und bemerkte ausdrücklich, diese Motive würden für den Reichstag ein unentbehrliches Hülfsmittel sein. Auch der bayer. Justizminister Fäustle verwies in seiner Darlegung (s. a. a. O. S. 279) ausdrücklich auf die allgemeine Begründung des Entwurfs, in welcher die Principien der Civilprozess-Ordnung eingehend erörtert seien. Thatsächlich wurde überall, namentlich in der J.-K., auf die Motive Bezug genommen und wird das Gewicht derselben durch die Erklärungen von Leonhard kaum erheblich abgeschwächt.

wusstsein widersprechenden Eigenheiten, insbesondere des Grundsatzes der Souveränität der Gerichte, der überwiegenden Bedeutung des Urkundenbeweises in demselben und der zuweit gehenden Ueberlassung des Prozessbetriebs an die Parteien, für ungeeignet erklärt — mit oder ohne Ueberarbeitung — als Grundlage für die deutsche Civilprozess-Ordnung zu dienen.“ [1]) Bezüglich der hannöverischen Prozess-Ordnung wird in den Motiven (S. 390) bemerkt, „es sei in derselben fundamental: „dass das Hauptverfahren in zwei Abschnitte zerfalle, von denen der erstere die Behauptungen der Parteien, der zweite den Beweis der bestrittenen Behauptungen zum Gegenstand habe; dass diese beiden Abschnitte getrennt und gegeneinander abgeschlossen würden durch eine richterliche Verfügung, in welcher nach Prüfung des von den Parteien vorgelegten Rechtsstoffs diesen eröffnet werde, was und von wem zu beweisen sei; dass diese richterliche Verfügung im Sinne des deutschen Prozessrechts ein Urtheil sei unabänderlich für die Instanz, in welcher sie erlassen worden sei.“ Auch wurde erklärt, „sobald man diese Fundamental-Einrichtung aufgebe, sei die hannöverische Prozess-Ordnung als Grundlage für ein neues Gesetzgebungswerk nicht weiter geeignet“, und dem hannöverischen Entwurf, wie allen ihm folgenden Prozess-Ordnungen oder Gesetz-Entwürfen, welche die erwähnte Konstruktion des Verfahrens aufgegeben hätten, der Vorwurf gemacht „die grosse Bedeutung dieser Abweichung in materieller und systematischer Beziehung nicht gehörig gewürdigt zu haben.“

Die deutsche Civilprozess-Ordnung brachte, besonders soweit es sich um das eigentliche Verfahren handelt, für den grössten Theil von Deutschland vollständig neues Recht und für alle Rechtsgebiete vieles Neue. Aber dieselbe stellte nur in sehr beschränktem Umfange ganz neue Grundsätze auf, die noch nirgends gegolten haben und es bietet sich für die meisten Einrichtungen eine Anknüpfung an früher bestehendes, wenn auch vielleicht nur in einem beschränkten Gebiete geltendes, Recht von selbst dar. Auch ist eine solche Anknüpfung an das ältere Recht unbedingt nothwendig, wenn die wissenschaftliche Ausbildung und Fortentwicklung des Rechts gesichert sein soll. Es sind in dieser Beziehung für das Prozessrecht dieselben Gesichtspunkte entscheidend, auf die es auch bei andern Gesetzbüchern ankommt. Insbesondere gelten auch hier die Sätze, welche Goldschmidt in treffender Weise und mit allgemeiner Zustimmung bezüglich des

[1]) Motive zum Entw. der deutschen C.-Pr.-O. S. 389.

deutschen Handelsrecht aufgestellt hat.[1]) Hiernach „darf die Aufgabe der Wissenschaft nicht so aufgefasst werden, dass sie sich auf die Erklärung des Gesetzbuchs aus seinem Wortlaut und seiner unmittelbaren Entstehungsgeschichte heraus oder gar auf eine systematische Zusammenstellung von Rechtssprüchen zu beschränken habe. „Da nur wenige Sätze durchaus neu sind, und auch diese mit ihren Wurzeln überall in den früheren Rechtszustand und die frühere Doktrin und Praxis zurückgreifen, darf vielmehr die Arbeit der früheren Jahrhunderte nicht über Bord geworfen werden, sondern hat die Wissenschaft die Aufgabe, die unvermeidlichen Nachtheile jeder Kodifikation durch den Nachweis des geschichtlichen Zusammenhanges möglichst auszugleichen und die Ergebnisse der Wissenschaft für die Erkenntniss und Fortbildung des geltenden Rechts zu verwerthen."[2])

[1]) S. dessen Handbuch des deutschen Handelsrechts, Einleitung S. V. und ff.

[2]) In der ersten Auflage hat sich der Verfasser in der Einleitung noch ausführlich über die Auslegung der Gesetzbücher insbesondere über „die Benützung der Gesetzgebungsverhandlungen" ausgesprochen. Von einem Wiederabdruck dieser Ausführungen konnte aber um so mehr abgesehen werden, als Verfasser die bekannte Streitfrage, welche Bedeutung den „Materialien" zukommt, inzwischen ausführlicher im letzten Heft von Hausers Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht erörtert hat.

ERSTES BUCH.

Allgemeine Bestimmungen.

ERSTER ABSCHNITT.

Gerichte.

Erster Titel.

Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§ 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

§ 2.

Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

(E. §§ 1 und 2; M. 407; K. 4.)

Im Gerichtsverfassungs-Gesetze sind die Fragen geregelt: welche Rechtsstreitigkeiten überhaupt vor die Gerichte gehören, und wie dieselben unter die verschiedenen Arten von Gerichten zu vertheilen sind. Die den Gerichten im Allgemeinen zustehende Befugniss zur Entscheidung von Streitigkeiten wird in diesem Gesetz als „Gerichtsbarkeit" bezeichnet. Soweit es sich um das Vorhandensein dieser Gerichtsbarkeit handelt, wird von der „Zulässigkeit des Rechtswegs" gesprochen (v. § 17 G.-V.-G. und 247 C.-P.-O.). Unter „sachlicher Zuständigkeit" der Gerichte versteht das Gesetz im Gegensatz zur ört-

lichen Zuständigkeit, die sich aus den Bestimmungen über den „Gerichtsstand" (§§ 12 und ff.) ergibt, diejenige Zuständigkeit, welche verschiedenen Arten von Gerichten zukommt und bei der lediglich die Beschaffenheit des in Frage stehenden Rechtsstreits massgebend ist. Bezüglich dieser „sachlichen Zuständigkeit der Gerichte" verweist § 1 auf das Gerichtsverfassungs-Gesetz, das den verschiedenen Arten von Gerichten die Grenzen ihrer Thätigkeit vorschreibt. Auch die C.-P.-O. enthält jedoch Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit. So sind die Landgerichte ausschliesslich zuständig für Ehesachen (§ 568), für gewisse auf die Entmündigung bezügliche Klagen (§§ 606 und 620) und für die Klagen gegen ein im Aufgebotsverfahren erlassenes Ausschlussurtheil (§ 834). Den Amtsgerichten sind zugewiesen: die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss (§ 448), der Sühneversuch in Ehesachen (§ 571), die Entmündigung und deren Aufhebung im gewöhnlichen Verfahren (§§ 593 und 616), das Mahnverfahren (§ 629) und eine Reihe von Streitigkeiten, die sich auf das Vollstreckungsverfahren beziehen (§§ 684, 750, 752, 755, 759, 780, 799 und 820). Bei § 1 handelt es sich übrigens nur um die sachliche Zuständigkeit der in § 12 G.-V.-G. vorgesehenen „ordentlichen Gerichte". Die sachliche Zuständigkeit „der besonderen Gerichte" (§ 14 G.-V.-G.) wird durch den § nicht berührt.

Da die im Entwurf des G.-V.-G. vorgesehenen selbständigen Handelsgerichte nicht angenommen, sondern durch besondere Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten ersetzt wurden, handelt es sich bei der Vertheilung der Rechtsstreitigkeiten, welche in erster Instanz zur Verhandlung kommen, nur um die Amtsgerichte und die Landgerichte. Deren Zuständigkeit wird im Wesentlichen durch die §§ 23 und 70 G.-V.-G. geregelt, während sich die Civilprozess-Ordnung darauf beschränkt, diese Vorschriften zu vervollständigen und zu ergänzen. Den Landgerichten fallen, abgesehen von den ihnen besonders zugetheilten Sachen, alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu, welche den Amtsgerichten nicht zugewiesen sind. Bezüglich der Vertheilung dieser Sachen unter die Civilkammern und Kammern für Handelssachen, bei denen es sich nicht um „sachliche Zuständigkeit" sondern um eine innere Angelegenheit des Gerichts handelt, kommen die besonderen Vorschriften des G.-V.-G. (§§ 101—107) zur Anwendung. Uebrigens sind die Amtsgerichte wie die Landgerichte als ordentliche Gerichte anzusehen.

§ 3.

Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

(E. § 3. M. 408. K. 4.)

1) Bezüglich der Frage, worin der „Streitgegenstand" besteht, kommt es auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch, (V. Bem. II. 1 zu §§ 136 ff.),

nicht auf die Rechtsverhältnisse, durch welche derselbe begründet wird oder auf die vom Beklagten erhobenen Einwendungen an. Wenn z. B. der Kläger eine Entschädigungsforderung geltend macht, welche das Eigenthumsrecht desselben an einem Grundstück voraussetzt, oder wenn er nur einen bestimmten Theil einer Forderung einklagt, so ist nur die eingeklagte Forderung bezw. der eingeklagte Theil der klägerischen Forderung als Streitgegenstand anzusehen, wenn auch der Beklagte die Voraussetzungen der Klage oder die ganze Forderung des Klägers bestreitet. Ebenso kommt, wenn der Kläger auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses (z. B. eines Kauf- oder Pachtvertrags) eine gewisse Summe (z. B. einen Theil des Kaufpreises, oder den Pachtzins für ein Jahr) einklagt, lediglich der eingeklagte Betrag als Streitgegenstand in Betracht, wenn auch das ganze Rechtsverhältniss bestritten ist.

2) Der Werth des Streitgegenstandes, der nach der instruktionellen Vorschrift des § 230 in der Regel in der Klageschrift angegeben werden soll, ist nach den Vorschriften über die Vereinbarung (§§ 38 und 39) vom Gericht nur dann zu prüfen, wenn darüber unter den Parteien Streit besteht, oder gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnissurtheil beantragt wird.

3) Dass das Gericht diesen Werth „nach freiem Ermessen" festzusetzen hat, entspricht den allgemeinen Grundsätzen, von denen das Gesetz bezüglich des Beweises ausgeht (§ 269). Fehlen dem Gericht die nöthigen Anhaltspunkte zur Festsetzung des Werths, so kann es zu einer Aufklärung die Einnahme eines Augenscheins oder die Abschätzung durch Sachverständige anordnen, auf eine Beweisaufnahme aber nur dann erkennen, wenn dieselbe beantragt wird. Dass dasselbe auch eine beantragte Beweisaufnahme, wenn dieselbe als überflüssig erscheint, zurückweisen kann, versteht sich von selbst. (M. 408.) Die Kosten der Beweisaufnahme gehören zu den Prozesskosten, können übrigens nach § 91 auch dem Sieger zur Last gelegt werden.

4) Bei der Abschätzung ist in der Regel nur der nach allgemeinen Grundsätzen sich ergebende Werth („gemeine Werth" oder „Verkehrswerth") nicht die individuelle Beurtheilung des Klägers entscheidend. Ein anderer Werth soll nur ausnahmsweise zur Berücksichtigung kommen, „wenn nach dem Inhalt der Klage der Affektionswerth beansprucht wird, oder wenn der Streitgegenstand aus besonderen sachlichen Verhältnissen für eine der Parteien einen höheren als den gemeinen Werth hat." (M.: 408). Bei Handelswaaren bestimmt sich der Werth nach dem Markt- oder Börsenpreis, um welchen der Gegenstand erworben werden kann.

5) Bleibt ein Zweifel über den Werth des Streitgegenstands, so ist, falls es sich um „einen vermögensrechtlichen Anspruch" handelt, obgleich die Zuständigkeit der Landgerichte die Regel bildet, doch für die Zuständigkeit des Amtsgerichts zu entscheiden. Diesem weist das Gesetz alle Streitigkeiten über derartige Ansprüche zu, sofern deren Gegenstand den Werth von dreihundert Mark nicht übersteigt. Die Möglichkeit, dass der Streitgegenstand überhaupt nicht abgeschätzt werden könne, hat die C.-P.-O. nicht anerkannt. Vielmehr geht dieselbe von der Voraussetzung aus, dass sich jeder Gegenstand eines vermögensrechtlichen Anspruchs in Geld anschlagen lasse.

6) Die Vorschriften der §§ 3—9 gelten (nach §§ 508 und 649 Nr. 4) auch soweit es sich um die Berechnung der Revisionssumme oder der Summe handelt, welche für die Zulässigkeit der vorläufigen Vollstreckbarerklärung entscheidend ist, und sind im Allgemeinen auch bezüglich der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren massgebend (§ 9 G.-K.-G.; §§ 10 ff. der G.-O. für Rechtsanwälte). Hat zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichts oder über die Zulässigkeit der Revision eine Festsetzung des Werths stattgefunden, so ist dieselbe auch für die Berechnung der Gerichtskosten und Rechtsanwaltsgebühren entscheidend. Andernfalls erfolgt dieselbe durch besonderen Beschluss. (§§ 15 und 16 G.-K.-G.; § 1 der G.-O. für R.-A.)

§ 4.

Für die Werthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

(E. § 4. M. 408. K. 4.)

I. Zeitpunkt für die Werthsberechnung.

Wann die Klage als erhoben anzusehen ist, richtet sich nach den §§ 230, 460, 461 und 471. Eine im Lauf des Rechtsstreits im Werth des Streitgegenstandes eintretende Veränderung ist ohne Einfluss auf die Zuständigkeit des Gerichts. Wenn sich dagegen der Streitgegenstand selbst im Laufe des Prozesses ändert, so findet nicht § 4 Anwendung, sondern die §§ 235 Nr. 2 und 467. Nach diesen wird die Zuständigkeit des Landgerichts durch eine solche Veränderung nicht berührt; dagegen muss sich das Amtsgericht auf Antrag als unzuständig erklären, wenn durch Erweiterung des Klagantrags ein Anspruch erhoben wird, der zur Zuständigkeit des Landgerichts gehört.

II. Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten.

Da die Nebenforderungen nicht im Allgemeinen von der Berechnung ausgeschlossen wurden, sondern nur vier bestimmte Arten genannt werden, ist anzunehmen, dass andere Nebenforderungen, z. B. Konventionalstrafen, die nicht als „Schäden" zu betrachten sind, oder Gegenstände, die als Zubehör oder Zuwachs zur Hauptsache in Anspruch genommen werden, ungeachtet dieses Abhängigkeitsverhältnisses doch bei der Werthberechnung in Anschlag zu bringen sind. Was unter Früchten, Nutzungen u. s. w. zu verstehen, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Sofern im Sinne des geltenden Rechts Früchte, Nutzungen u. s. w. verlangt und als Nebenforderungen geltend gemacht werden, sind dieselben schlechthin nicht bloss bezüglich der während des Rechtsstreits aufgelaufenen Beträge von der Werthsberechnung ausgeschlossen. (M. 408.)

Im Einzelnen ist bezüglich der verschiedenen Arten von Nebenforderungen zu bemerken:

1) Hinsichtlich der Früchte kommt es nicht darauf an, ob sie noch vorhanden oder bereits verzehrt und ob sie schon bezogen wurden oder nicht, wenn sie nur schon von der fruchttragenden Sache getrennt sind und deren Herausgabe oder der Werth derselben neben der Hauptsache verlangt wird. Handelt es sich bei einem Rechtsstreit um die Herausgabe einer Sache in dem Zustand in dem sie sich befindet, also mit den dazu gehörigen noch mit ihr verbundenen Früchten, so stehen Früchte im Sinne des § überhaupt nicht in Frage. Hier ist vielmehr bei der Abschätzung der Hauptsache auf die noch nicht bezogenen Früchte, welche deren Werth erhöhen, Rücksicht zu nehmen.

2) Die „Nutzungen" sind in den norddeutschen Entwurf mit Rücksicht auf die Terminologie des preussischen Landrechts aufgenommen worden. Aus diesem E. ist die Bezeichnung in die späteren Entwürfe übergegangen. Im Allgemeinen sind unter „Nutzungen" alle diejenigen Vortheile zu verstehen, welche der Gebrauch einer Sache oder eines Rechts gewährt und welche nicht schon zu den Früchten oder Zinsen gehören. Auch die einzelnen Renten, welche auf Grund eines dauernden Bezugsrechts beansprucht werden, sind als „Nutzungen" im Sinn des § 4 anzusehen, und wenn sie neben dem Rechte selbst in Frage kommen, als „Nebenforderungen" zu behandeln. (§ 9.)

3) Was die Zinsen anbelangt, so besteht zwischen gesetzlichen und vertragsmässigen Zinsen kein Unterschied (n. Pr. S. 80; M. S. 108.) Unter „Schäden" sind die Schadenersatzforderungen zu verstehen, welche aus irgend einem mit der Hauptsache zusammenhängenden Grunde verlangt werden. Ob es sich dabei um wirklichen Schaden oder um entgangenen Gewinn handelt, ist gleichgültig.

Ob die „Konventionalstrafe" als ein „Schaden" im Sinn des Gesetzes anzusehen ist, lässt sich in allgemeiner Weise weder bejahen noch verneinen. Es kommt nicht auf den Namen sondern auf die Sache und auf die Absicht der Parteien an, nach welcher sowohl eine als Hauptforderung zu betrachtende „Strafe" oder ein „Reugeld", als eine vertragsmässig fixirte Entschädigung vorliegen kann. Ist die Konventionalstrafe in diesem Sinn als „Schaden" und als Nebenforderung geltend gemacht, so liegt kein Grund vor sie anders als die nicht fixirte Entschädigung zu behandeln.[1])

4) Zu den „Kosten" gehören nicht bloss die Kosten des so eben erst eingeleiteten Prozesses soweit dieselben schon in früheren Instanzen erwuchsen, sondern auch die Kosten, welche vor Erhebung der Klage durch die Geltendmachung des eingeklagten Anspruchs entstanden sind. Es wird sich hierbei besonders um die Kosten von Mahnungen, Aufforderungen und sonstigen Zustellungen, Wechselprotestkosten, Kosten für die Besichtigung einer beanstandeten Waare, oder die Sicherung eines Beweises u. s. w. handeln.[2]) Auch die Kosten

[1]) V. auch Seuffert S. 8; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 4; Endemann I. S. 228; Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 31. A. M. sind: Puchelt, Bd. I. S. 102 und 103; von Sarwey Bd. I. S. 19 und Kleiner Bd. I. S. 75 u. 76.

[2]) Dass die Protestkosten und Retourkosten bei der Werthsberechnung ausser Acht zu lassen sind, hat das Reichsgericht am 23. Dez. 1879 entschieden. (Entscheid. Bd. I. S. 228 ff.) Der aufgestellte Satz gilt jedoch nur, wenn der Kläger ausser der

eines früheren Prozesses insbesondere einer zurückgenommenen Klage gehören hierher, wenn derselbe wegen der nämlichen Sache geführt wurde und behauptet wird, der Beklagte habe die Zurücknahme der Klage veranlasst und die Zahlung der Kosten versprochen.

III. Begriff der Nebenforderung.

1) Damit ein Anspruch als „Nebenforderung" anzusehen ist, wird vorausgesetzt, dass mehrere Forderungen geltend gemacht werden, und dass eine derselben (die Nebenforderung) zu der anderen, welche im Verhältniss zu ihr als Hauptforderung erscheint, in einem Abhängigkeitsverhältniss steht. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so kann Abs. 2 des § 4 keine Anwendung finden. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob der Kläger die verschiedenen Ansprüche zu einer Forderung zusammenfasste, sondern darauf, ob wirklich nur eine Forderung oder eine Mehrheit von selbständigen Forderungen vorliegt.

2) Werden lediglich Früchte, Nutzungen oder Zinsen eingeklagt oder wird nur Schadenersatz verlangt, so liegen selbständige Forderungen vor. Es kann hienach vorkommen, dass derartige Forderungen wenn sie allein geltend gemacht werden vor das Landgericht gehören, während wenn sie mit einem dem Betrage nach geringeren Hauptanspruch verbunden werden, das Amtsgericht zuständig ist. (M. 408.)

3) Wenn auf Herausgabe einer bestimmten Sache oder Bezahlung einer bestimmten Schuld geklagt wird daneben aber Nutzungen aus einer anderen Sache oder Zinsen aus einer anderen Forderung verlangt werden, kann § 4 nicht zur Anwendung kommen. Hier fehlt das Abhängigkeitsverhältniss, welches das Verhältniss zwischen Haupt- und Nebenforderung begründet. Es liegen mehrere von einander unabhängige Forderungen vor. Zuweit geht aber die Behauptung, auch wenn der Rest einer Hauptforderung und ein grösserer Zinsrückstand aus der ganzen Hauptforderung oder einem grösseren Theil derselben verlangt werde, müssten die Zinsen, soweit sie nicht von dem eingeklagten Rest herrührten, als selbständiger Streitgegenstand angesehen werden. Wenn auch die eingeklagten Zinsen nicht vollständig von dem eingeklagten Rest der Hauptforderung herrühren, so kommen sie doch von dieser, die als ein Ganzes betrachtet werden muss, her, und sind desshalb, da sie neben (einem Theil) der Hauptforderung geltend gemacht werden, nach Wortlaut und Geist des Gesetzes als „Nebenforderung" anzusehen.[1]) Wollte man anders verfahren, und immer erst feststellen lassen, welcher Theil der geschuldeten Zinsen von dem Rest der eingeklagten Hauptforderung und welcher von anderen Theilen derselben herrührt,

ihm nach dem Wechsel zu gut kommenden, oder bei Einlösung desselben bezahlten Summe noch Ersatz der Kosten verlangt. Die Beträge, welche der Kläger für Zinsen oder Kosten an einen früheren Regressnehmer bezahlte, sind als Bestandtheil der Hauptsumme anzusehen und dürfen desshalb nicht ausgeschieden werden. (V. jur. Zeitschr. für Elsass-Lothringen Bd. V. S. 353 ff.; von Sydow in Busch's Zeitschr. für d. Civilprozess Bd. II. S. 476 ff.)

[1]) So auch Siebenhaar S. 36 Anm. ** A. M. sind Puchelt Bd. I. S. 102; Wilmowski-Levy II. Aufl. S 31.

so würde dies der Absicht des Gesetzgebers, „dass die Werthsvermittlung zum Zweck der Kompetenzbestimmung nach klaren und einfachen Regeln geschehen solle“ (M. 408), nicht entsprechen. Auch wurde offenbar vorausgesetzt, dass eine andere Auslegung Platz greife, sonst hätte man nicht anführen können, dass bei der Einklagung des Nebenanspruchs für sich allein das Landgericht, wenn derselbe mit einem geringeren Hauptanspruch verbunden werde aber das Amtsgericht zuständig sein könne. Ebenso liegt die Sache, wenn neben einem Theil des geschuldeten Kapitals rückständige Zinsen der ganzen Forderung eingeklagt werden. Auch hier sind die letzteren als „Nebenforderung“ anzusehen.

4) Damit Früchte, Nutzungen, Zinsen etc. als Nebenfordernngen angesehen werden können, wird ferner vorausgesetzt, dass sie als solche neben der Hauptforderung geltend gemacht werden. Es findet die Vorschrift des § 1 keine Anwendung, wenn derartige Ansprüche lediglich als Bestandtheile einer einheitlichen Forderung erscheinen. Wenn Jemand von einem Anderen Entschädigung verlangt und die Nutzungen oder Zinsen, die ihm entgangen sind als einen Faktor bei der Berechnung mit in Anschlag bringt, so verlangt er nicht Zinsen oder Nutzungen sondern einfach Schadenersatz. Es ist die Forderung sonach als eine einheitliche Hauptforderung anzusehen. Ebenso kommt es wenn der Kläger vom Beklagten Ersatz einer Summe verlangt welche dieser von einem Dritten für ihn vereinnahmt hat, nicht darauf an, ob in derselben auch Zinsen oder Kosten enthalten sind welche dieser dem Kläger schuldete. Bei Klagen gegen Bevollmächtigte, Geschäftsführer, Vormünder etc. auf Aushändigung der von ihnen eingezogenen Gelder sind daher nur diejenigen Zinsen als Nebenforderung anzusehen, welche die Beklagten selbst von den vereinnahmten Summen zu bezahlen haben. Auch verlieren Früchte, Zinsen u. s. w. ihre Eigenschaft, wenn eine Novation stattfindet und durch diese eine neue einheitliche Hauptforderung entsteht, insbesondere wenn Zinsen vermöge eines besonderen Vertrags zum Kapital geschlagen wurden und einen Bestandtheil desselben bilden. Namentlich gilt dies von Klagen aus einem Kontokurrent-Verhältniss, oder aus einer gestellten Rechnung. Hier bildet der „Saldo“ ohne Rücksicht auf die darin enthaltenen Zinsen die Hauptforderung und nur die vom Tag des Rechnungsabschlusses weiter laufenden Zinsen dürfen als Nebenforderungen behandelt werden.

§ 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung der Klage und Widerklage findet nicht statt.

(E. § 5. M. 408. K. 4. u. 12.)

1) Die in Abs. 1 des § enthaltene Vorschrift findet auch dann Anwendung, „wenn die mehreren Ansprüche, auf verschiedenen Gründen beruhen, oder wenn sie von mehreren Klägern gegen mehrere Beklagte erhoben werden.“ (M. 408.) Ein Amtsgericht ist hienach nur dann als zuständig anzusehen, wenn hinsichtlich aller geltend gemachten Ansprüche, bei denen die Zuständigkeit überhaupt durch

den Werth bedingt ist, die Streitgegenstände zusammen nicht mehr als dreihundert Mark werth sind. Es können aber nur Ansprüche in Betracht kommen, welche nach § 4 überhaupt zu berücksichtigen sind, nicht die Nebenforderungen, welche nach diesem § bei der Werthsberechnung ausser Acht gelassen werden müssen. (K. 4 u. Prot. zur 164. Sitzung Anl. K. S. 9.) Auch ist die Anwendung des § 112 ausgeschlossen bei Solidarobligationen, bei denen zwar soviel einzelne Forderungen bezw. Verbindlichkeiten bestehen, als Forderungsberechtigte bezw. Verpflichtete vorhanden sind, der Gegenstand der verschiedenen Forderungen aber nur einmal gefordert werden kann. [1])

2) Für die Werthsberechnung kommen nur diejenigen Ansprüche in Betracht bezüglich deren der Werth überhaupt für die Zuständigkeit von Bedeutung ist; dagegen müssen alle Ansprüche ausser Acht bleiben welche ohne Rücksicht auf den Werth dem Amtsgerichte oder Landgerichte zugewiesen sind. Wird z. B. neben mehreren vermögensrechtlichen Ansprüchen, welche lediglich, wenn es sich um einen Werth von dreihundert Mark oder darunter handelt zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören, eine Forderung wegen eines Wildschadens vor dem Amtsgerichte eingeklagt oder eine Streitigkeit wegen eines Viehmangels zur Entscheidung gebracht (§ 23 G.-V.-G.), so werden diese soweit es sich um die Zuständigkeit wegen der anderen Ansprüche handelt nicht berücksichtigt. Handelt es sich bei diesen Ansprüchen nicht um mehr als dreihundert Mark, so ist das Amtsgericht bezüglich aller Ansprüche zuständig. Ergibt sich bei der Berechnung dagegen ein höherer Werth, so sind die gewöhnlichen Forderungen auf Antrag vor das Landgericht zu verweisen, während die Klage soweit es sich um Wildschaden oder Viehmangel handelt, vor dem Amtsgericht verhandelt werden muss.

3) Eine besondere Beachtung verdient die Frage, welchen Einfluss die subjektive und objektive Klagenhäufung (§§ 56, 57 und 232) und die nach §§ 136 u. 138 zulässige Verbindung mehrerer Prozesse, sowie die Anordnung dass mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden sollen auf die Zuständigkeit des Gerichts hat. Soweit es sich um die Zulässigkeit der Klagenhäufung handelt kann es, da diese eine Vorfrage für die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit bildet, nicht gestattet sein, durch eine unstatthafte Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage die Vorschriften über die Zuständigkeit der verschiedenartigen Gerichte zu umgehen. Wird die Unzuständigkeit geltend gemacht (v. §§ 38 ff), so ist desshalb zunächst die Vorfrage zu prüfen. Wenn diese Prüfung ergibt, dass die Voraussetzungen der §§ 56 und 57 fehlen oder bezüglich eines der erhobenen Ansprüche nicht dieselbe Prozessart zulässig ist und desshalb ein Theil der erhobenen Ansprüche zurückgewiesen wird, so ist zu entscheiden ob die übrig bleibenden Ansprüche für sich allein noch zur Zuständigkeit des Gerichts gehören. Ist diese Frage zu verneinen, so muss die Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden. Es verhält sich in dieser Beziehung gerade so, wie wenn mehrere Ansprüche vorliegen, die zusammen einen

[1]) V. auch Siebenhaar S. 37; Hellmann I. S. 55; ferner L.-G. Dresden 21. Sept. 1880, Wenglers Archiv N. F. I. S. 801 ff.; d. Juristenzeitung Bd. V. S. 202. A. M. L.-G. Leipzig 23. März 1880, Wengler's Archiv N. F. Bd. I. S. 311.

Werth von mehr als dreihundert Mark erreichen, von denen aber einer zur ausschliesslichen Zuständigkeit des Amtsgerichts gehört. Anders verhält es sich wenn das Gericht auf Grund des § 136 verordnet, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden sollen ohne dass eine Unzulässigkeit der Klagenhäufung angenommen wird. Hier war der Kläger von vorneherein berechtigt, die verschiedenen Ansprüche in einer Klage geltend zu machen und wenn das Gericht im Laufe des Prozesses von der ihm eingeräumten Befugniss eine getrennte Verhandlung anzuordnen Gebrauch macht, so kann dadurch die Zuständigkeit nicht mehr berührt werden. Die Sache liegt vielmehr ebenso, als wenn von den mehreren Ansprüchen der eine oder andere als unbegründet verworfen wird. Dass die auf Grund des § 138 angeordnete Verbindung mehrerer Prozesse auf die Zuständigkeit ohne Einfluss ist, ergibt sich hienach von selbst. Die Klagenhäufung ist dem Belieben des Klägers überlassen, und wenn derselbe es vorzog mehrere Klagen zu erheben hat er nur von einem Recht Gebrauch gemacht; die nachträgliche aus Zweckmässigkeitsgründen erfolgte Vereinigung kann also an der Zuständigkeit nichts mehr ändern.

4) Die Widerklage wird an sich ebenso wie die Klage behandelt, d. h. es werden, wenn dieselbe sich auf verschiedene Ansprüche erstreckt, die einzelnen Posten zusammengerechnet. Der Werth des Gegenstandes der Widerklage ist jedoch ohne Einfluss auf die Zuständigkeit, wenn nicht durch ihn allein die Zuständigkeit des Landgerichts statt der des Amtsgerichts begründet ist. (§ 467.) Liegen mehrere selbständige Widerklagen vor, so findet eine Zusammenrechnung des Werths der Gegenstände derselben nicht statt, da es sich dann nicht um mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche handelt.[1]) Wegen Berechnung der Gebühren enthält § 11 Abs. 1 G.-K.-G. eine besondere Bestimmung.

§ 6.

Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser massgebend.

(E. § 6. M. 408. K. 4.)

I. Natur der in den §§ 6–9 enthaltenen Vorschriften.

Bei der Begründung der §§ 6—9 wurde (M. 408) bemerkt, dass „dieselben mit dem in § 3 für entscheidend erklärten freien Ermessen des Gerichts nicht in Widerspruch stehen“, sondern die „leitenden Grundsätze für die Werthsberechnung in einzelnen besonderen Fällen geben, welche in der Praxis oft vor-

[1]) V. Kleiner Bd. I. S. 81; Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 32.

kommen und in welchen die Feststellung des Werths des Streitgegenstands erfahrungsmässig nach verschiedenen Grundsätzen geschieht." Es könnte hienach scheinen, als ob die betreffenden Vorschriften lediglich instruktioneller Natur seien und der Richter durch dieselben nicht gebunden werde. Sowohl die bestimmte Fassung der betr. §§, nach welchen sich die darin enthaltenen Vorschriften als unbedingte auch den Richter verpflichtende Gebote darstellen, als der Zweck der durch die getroffenen Bestimmungen erreicht werden soll lassen jedoch diese Auffassung als unrichtig erscheinen. Nach den Motiven (408) sollen diese §§ „auf die Herbeiführung eines übereinstimmenden Verfahrens der Gerichte wirken und gleichzeitig für die Parteien bei der Beurtheilung der Zuständigkeit des anzugehenden Gerichts als Anhalt dienen." Diese Bestimmung können dieselben aber nur erfüllen, wenn sie als bindende Vorschriften anzusehen sind. Es kann desshalb keinem Zweifel unterliegen, dass eine Zuwiderhandlung gegen die hier aufgestellten Grundsätze als Gesetzesverletzung zu betrachten ist, und dass dieselben das richterliche Ermessen allerdings beschränken. [1])

II. Streit um den Besitz einer Sache.

Ueberall, wo der Besitz einer Sache Gegenstand des Rechtsstreits ist, soll der Werth dieser Sache entscheidend sein ohne dass es darauf ankommt, ob dieselbe als körperliche oder unkörperliche Sache und ob sie als beweglich oder unbeweglich anzusehen ist. Ob das Wort „Besitz" im weiteren oder im engeren Sinn des Worts gebraucht wird, ist nach der Fassung nicht ganz klar; für die Auslegung hat dies aber keine praktische Bedeutung. Wo es sich um das Eigenthum einer Sache handelt versteht es sich von selbst, dass diese den Streitgegenstand bildet und der (ganze) Werth derselben für die Zuständigkeit entscheidend ist. Anders ist es bei Klagen, bei welchen die Herausgabe einer Sache aus einem andern Grunde verlangt wird, insbesondere bei den eigentlichen Besitzklagen. Hier soll in der Regel eine Entscheidung über das Eigenthum nicht herbeigeführt, sondern dem Kläger der Besitz der streitigen Sache zu anderen Zwecken (z. B. dem des Gebrauchs oder der Nutzniessung) verschafft oder eine vorläufige Regulirung des Besitzstandes bewirkt werden. Es handelt sich dabei oft um ein viel geringeres Interesse, als es der Werth der Sache selbst darstellt. Da dieses Interesse oft schwer zu ermitteln ist, wurden die Klagen bei denen es sich lediglich um den Besitz einer Sache (im weiteren Sinne des Wortes) handelt den Klagen bei denen das Eigenthum selbst in Frage steht, gleichgestellt. Zu welchen Zwecken die Herausgabe einer Sache oder die Anerkennung des Rechtes auf deren Besitz verlangt wird, ist im Allgemeinen gleichgültig. (S. jedoch Nr. III.) Insbesondere ist auch dann der Werth der Sache entscheidend, wenn die Auslieferung derselben oder die Besitzeinweisung auf Grund eines Nutzniessungs- oder Gebrauchsrechts verlangt wird. Dagegen ist ebenso wie bei der Eigenthumsklage der Werth der ganzen Sache (z. B. eines Hauses) nur dann massgebend, wenn dieselbe ganz im Streit ist, nicht wenn es

[1]) So auch O.-L.-G. Colmar am 21. Febr. 1880, jurist. Zeitschrift für E.-L., Bd. V. S. 165 ff.

sich nur um den Besitz eines Theils derselben oder um den Mitbesitz handelt. In einem solchen Falle, z. B. wenn Jemand das Recht, in einigen Zimmern zu wohnen oder einen Garten zu benützen u. s. w. geltend macht, wird die Zuständigkeit durch den Werth dieses Theils bestimmt.

III. Streitigkeiten bezüglich der Sicherstellung einer Forderung oder eines Pfandrechts.

Wie bei Streitigkeiten über das Eigenthum einer Sache deren Werth so ist bei Streitigkeiten über das Bestehen einer Forderung der Betrag derselben für den Werth des Streitgegenstandes entscheidend. Dieselben Gründe welche dazu führten den Werth der Sache auch dann für massgebend zu erklären, wenn lediglich über deren Besitz gestritten wird, haben die Bestimmung veranlasst, nach welcher der Betrag der Forderung auch dann entscheidend sein soll, wenn es sich lediglich um eine grössere Sicherstellung derselben, also vielleicht um ein viel geringeres Interesse handelt, als es die Forderung selbst darstellt. Ja es ist auch bei Streitigkeiten über ein zur Sicherstellung der Forderung dienendes Pfandrecht, sei es dass dasselbe geltend gemacht wird oder beseitigt werden soll, in der Regel nur der Betrag der Forderung massgebend als deren Zubehör das Pfandrecht behandelt wird. Nur wenn der Werth der verpfändeten Sache geringer ist als der Betrag der Hauptforderung — die in § 4 aufgezählten Nebenforderungen bleiben auch hier ausser Acht — und über die Forderung selbst kein Streit besteht ist der Werth der verpfändeten Sache entscheidend. Zwischen den verschiedenen Arten von Pfandrechten ist sowenig wie bezüglich der übrigen Arten der Sicherstellung ein Unterschied gemacht. Die gleichen Grundsätze gelten also für die Hypothek und das Nutzungspfand (Antichrese) wie für das Faustpfand. Handelt es sich bei einer Klage gleichzeitig um den „Besitz einer Sache“ und um die „Sicherstellung einer Forderung“, welche ja durch den Besitz des verpfändeten Gegenstands bedingt sein kann, so entscheidet in erster Linie der Betrag der Forderung welche sichergestellt werden soll und nur wenn die verpfändete Sache einen geringeren Werth hat dieser letztere. Dass der geringere Werth massgebend ist, hat darin seinen Grund dass derselbe das Interesse des Klägers bestimmt, der nie mehr als seine Forderung aber auch bei einem Streit um ein Pfandrecht nie mehr als die verpfändete Sache erhalten kann. Steht die Forderung gar nicht mehr in Frage, wird z. B. nach Tilgung derselben Rückgabe der geleisteten Sicherheit oder des gegebenen Faustpfands oder Löschung der Hypothek verlangt, so kommt lediglich der Werth der verpfändeten Sache in Betracht. Wird die Pfandrechtsklage mit der persönlichen Klage verbunden, was nach § 26 gestattet ist, so darf nach dem Gesagten nicht der Werth der Forderung mit dem der Pfandsache zusammengerechnet werden, sondern ist lediglich der eine oder der andere Werth massgebend.[1]) Bei Prioritätsstreitigkeiten kommt es auf den verfügbaren Betrag an, um dessen Zuweisung gestritten wird. (§ 136 K.-O.)[2])

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 5 und Gaupp Bd. I S. 30. A. M. von Sarwey Bd. I S. 21 und Endemann Bd. I S. 232.

[2]) V. auch Puchelt Bd. I S. 111 und Struckmann-Koch a. a. O.

§ 7.

Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, grösser ist, durch diesen Betrag bestimmt.

(E. § 7. M. 408. K. 4.)

1) Die Frage, ob eine „Grunddienstbarkeit" den Gegenstand des Streites bildet, ist im Allgemeinen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Es sind hienach unter der Herrschaft des französischen Rechts auch die sogen. gesetzlichen Dienstbarkeiten als „Grunddienstbarkeiten" im Sinne der C.-C.-O. zu behandeln. Emphyteuse, Superficies und die „Reallasten" des deutschen Rechts sind nicht als Grunddienstbarkeiten im Sinne des § anzusehen. Letztere werden auch in den §§ 25 und 26 ausdrücklich von den Grunddienstbarkeiten unterschieden. Stehen Reallasten in Frage, bei welchen ein herrschendes und ein dienendes Grundstück vorhanden ist und welche nur deshalb nicht als Grunddienstbarkeiten behandelt werden, weil es sich dabei um ein facere handelt, so wird § 7 analog anzuwenden sein. [1])

2) Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Klagen, welche sich auf eine Grunddienstbarkeit beziehen können. Es ist also einerlei, ob der angeblich Servitutberechtigte Anerkennung der von ihm behaupteten „Grunddienstbarkeit", oder der Eigenthümer des angeblich belasteten Grundstücks die Aberkennung dieses Rechts verlangt. Nicht bloss bei der actio confessoria, sondern auch bei der actio negatoria muss § 7 zur Anwendung kommen, sofern bei derselben die Freiheit des Eigenthums gegenüber einer behaupteten Grunddienstbarkeit geltend gemacht wird der Anspruch also gerade die Nichtanerkennung der letzteren zum Gegenstand hat. Dass es sich bei der Negatorienklage im Wesentlichen um die Freiheit des Eigenthums handelt und Kläger nur dieses zu beweisen hat ändert an der Sache nichts; vielmehr muss nach Wortlaut und Geist des Gesetzes (v. auch die Terminologie des § 25) überall wo die dingliche Belastung durch eine Grunddienstbarkeit Gegenstand des Streits ist die dadurch bewirkte Wertherhöhung bezw. Werthverminderung für die Zuständigkeit entscheidend sein. Sofern der Negatorienklage eine weitere Bedeutung beigelegt und mit diesem Namen auch eine Klage bezeichnet wird durch welche anderweitige Störungen des Eigenthums geltend gemacht werden und bei welcher eine vom Beklagten behauptete Dienstbarkeit nicht vorausgesetzt wird, findet § 4 keine Anwendung. Vielmehr ist wenn es sich um Geltendmachung des Eigenthums handelt der Werth der Sache, wenn lediglich Entschädigung wegen Störungen

[1]) V. Puchelt § 7 Bem. 3 Bd. I S. 112, und Endemann Bd. I S. 233.

verlangt wird der Betrag der Forderung massgebend. Ueberall ist der erhobene Anspruch, nicht der Grund auf welchem derselbe beruht, entscheidend.[1])

§ 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthsberechnung entscheidend.

(E. § 8. M. 408. K. 4.)

1) Die im § vorgeschriebene Berechnungsart kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Zuständigkeit überhaupt vom Werth des Streitgegenstands abhängt. Auch wenn es sich bei dem Streit wegen Ueberlassung oder Räumung von vermietheten Räumlichkeiten wesentlich um das Bestehen oder die Dauer des Miethvertrags handelt, kann deshalb § 8 keine Anwendung finden. Die angeordnete Art der Werthsberechnung ist in ihrer Anwendung noch weiter beschränkt auf die Fälle, in welchen das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethvertrages streitig ist. Wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, z. B. wenn über die Frage ob der Vertrag gehörig erfüllt wurde gestritten und wegen Nichterfüllung Schadenersatz verlangt wird, ist die Anwendung des § ausgeschlossen.

2) Dass es sich hier bloss um Sachenmiethe nicht auch um Dienstmiethe handelt muss nach der Terminologie des § 23 G.-V.-G. der zwischen Miethe und Dienstverhältniss unterscheidet wie nach der Fassung des § angenommen werden. Bei der Dienstmiethe wird wohl nirgends von „Zins" sondern nur von Lohn u. s. w. gesprochen. Dafür spricht auch die Voraussetzung, dass der vierundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer sein könne, als der Betrag des auf die streitige Zeit fallenden Zinses. Nach dieser kann der Vertrag auf eine Zeit von mehr als fünfundzwanzig Jahren abgeschlossen sein, was bei der Dienstmiethe gewiss nur in ganz seltenen Fällen zutrifft.[2]) Dass der „Zins" gerade in Geld besteht, ist nicht erforderlich. Vielmehr kommt § 8 auch dann zur Anwendung, wenn derselbe in anderen Leistungen besteht.[3]) Wann ein solches Miethverhältniss bezw. ein Pachtverhältniss vorliegt, ist im Uebrigen

[1]) V. noch: n. Pr. I. S. 87; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 5; Seuffert § 7 S. 10; Hellmann Bd. I S. 59; von Sarwey Bd. 1 S. 22; Kleiner Bd. I S. 90; f. würt. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 421 ff. A. M. sind Siebenhaar S. 45 und Endemann Bd. I. S. 233.

[2]) So auch Siebenhaar S. 46; Puchelt Bd. I S. 113; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 6; von Sarwey Bd. I S. 22; Hellmann I S. 61; Wilmowski-Levy II. A. S. 33. A. M. ist Kleiner Bd. I S. 92.

[3]) V. auch Endemann Bd. I. S. 234; von Sarwey Bd. 1 S. 23; Struckmann-Koch a a. O

nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Der Erbpacht ist wohl nach allen Gesetzgebungen als dingliches Recht, nicht als (obligatorisches) Pachtverhältniss anzusehen; da dieses Recht nach beiden Seiten hin in einem Anspruch auf wiederkehrende Nutzungen bezw. Leistungen besteht, wird aber die Werthsberechnung nach § 9 zu erfolgen haben.[1])

3) Ist der Pacht- oder Miethzins in Geld zu bezahlen so handelt es sich um ein einfaches Rechenexempel. Besteht derselbe aber in anderen Leistungen so ist zunächst der durchschnittliche Geldwerth dieser Natural-Leistungen „nach freiem Ermessen" in Geld anzuschlagen und dann nach Anleitung des § 8 zu verfahren.

§ 9.

Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiss, die Zeit des Wegfalls aber ungewiss ist,

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesammtbetrag der künftigen Bezüge massgebend, wenn er der geringere ist.

(E. § 9. M. 408. K. 4.)

1) Die Vorschriften des § 9 setzen zu ihrer Anwendung voraus, dass über das Recht auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gestritten wird. Ist dies nicht der Fall sondern dreht sich der Streit lediglich um einzelne Leistungen, so findet der § keine Anwendung sondern ist der Werth der streitigen Leistungen entscheidend. Wird neben der Entscheidung über das Recht selbst auch die Verurtheilung zu einzelnen Leistungen verlangt, so kommen diese „Nebenforderungen" nicht in Betracht. (§ 4 Bem. II 2.)

2) Für die Anwendung der obigen Vorschriften macht es keinen Unterschied, ob die fraglichen Nutzungen oder Leistungen jährlich oder in kürzeren oder längeren Zeitabschnitten fällig sind. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Leistungen in Geldzahlungen oder in Naturallieferungen bestehen und muss im letzteren Fall der Anwendung des § eine Veranschlagung der Leistungen in Geld vorhergehen (§ 8 Z. 3). Der Durchschnittswerth des einjährigen Bezugs wird

[1]) Nach französischem Recht besteht zwar Streit darüber, ob der „bail emphytéotique" als gewöhnlicher Pachtvertrag oder als dingliches Recht zu behandeln ist. Die Rechtsprechung hat sich aber für letztere Ansicht entschieden. V. Rep. gen. zum Journal du Palais v° emphytéose Nr. 70 ff. und Suppl. Nr. 88 ff.; Sirey-Gilbert zu Art. 2118 Nr. 6 u. 7; Zachariä-Anschütz § 198; Aubry et Rau § 224 u. 224 bis

sich immer ermitteln lassen und ist deshalb die Vorschrift des § auch dann anzuwenden, wenn die Nutzungen oder Leistungen in unbestimmten Zwischenräumen und wechselnder Grösse wiederkehren.[1])

3) Die für die Ablösung der Nutzungen oder Leistungen festgesetzte Summe wurde nicht als geeigneter Massstab für die Werthsberechnung angesehen. (M. 408.) Auch bezüglich der Frage ob der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiss ist kann die Ablösbarkeit nicht entscheiden, da die Ausübung des Ablösungsrechts vom Belieben des Bezugsberechtigten abhängt. Erst durch die Ablösung wird der Wegfall und die Zeit des Wegfalls festgestellt. Ist jedoch durch Gesetz bestimmt dass ein Recht innerhalb einer gewissen Zeit abgelöst werden muss, so ist dasselbe als ein Bezugsrecht anzusehen, bei dem der Wegfall gewiss die Zeit desselben aber ungewiss ist.[2])

4) Zu den wiederkehrenden Leistungen gehören auch Leibrenten und Unterhaltsbeiträge und zwar sind dieselben da sie mit dem Leben des Bezugsberechtigten aufhören zu den Leistungen zu rechnen, bei denen der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiss die Zeit des Wegfalls aber ungewiss ist. Es ist also der Werth des streitigen Rechts nach Abs. 2 des § zu berechnen. Bei lebenslänglichen Renten versteht sich dies von selbst; aber auch wenn die Unterhaltspflicht mit einem gewissen Alter des Berechtigten (z. B. dem 14. Lebensjahre) aufhört liegt der Fall nicht anders, da es nicht sicher ist ob der Berechtigte dieses Lebensalter erreicht also die Zeit des Wegfalls immerhin ungewiss ist.[3]) Dreht sich der Streit darum ob ein usus oder ususfructus oder ein Kommodat besteht so kommt § 9 nicht zur Anwendung, da es sich hiebei nicht um ein Recht auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen sondern um ein dingliches Recht an der Sache selbst handelt.

§ 10.

Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

§ 11.

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 6; Siebenhaar S. 47; von Sarwey Sarwey Bd. I. S. 24; Endemann Bd. I. S. 235; Kleiner Bd. I. S. 97. A. M. sind Seuffert S. 11 und Hellmann Bd. I S. 62.

[2]) A. M. Puchelt § 9 Z. 5 S. 117.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 6. A. M. ist Siebenhaar S. 47.

das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

(E. §§ 10 u. 11. M. 409. K. 4 u. 5.)

1) Die §§ 10 u. 11 haben die Bestimmung, „widersprechende Entscheidungen verschiedener Gerichte über die sachliche Zuständigkeitsfrage in Beziehung auf einen und denselben Rechtsstreit thunlichst zu verhüten;" insbesondere soll durch § 11 „die Möglichkeit, dass sich mehrere Gerichte, von denen eines zuständig ist, aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich unzuständig erklären, und dadurch für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des § 36 Nr. 6 ausgeschlossen werden." (M. 409.) Auch wenn die Unzuständigkeit durch prozesshindernde Einrede geltend gemacht und diese durch Zwischenurtheil als begründet erklärt wird, steht § 10 der Anfechtung dieses Urtheils im Wege. [1])

2) Die Vorschrift des § 10 hat in der „präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichts" ihren Grund. (M. 409.) Nach Wortlaut und Geist des Gesetzes muss diese Bestimmung daher durchgreifende Anwendung finden. Es ist einerlei, ob behauptet wird, das Amtsgericht sei nach § 23 Abs. 1 G.-V.-G. (mit Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes) oder nach Abs. dieses § (ohne Rücksicht auf den Werth) zuständig gewesen. [2]) Die Vorschrift des § bezieht sich übrigens nur auf die Anfechtung des Urtheils durch ein Rechtsmittel. Wird gegen ein Versäumnissurtheil rechtzeitig Einspruch erhoben (§ 301), so wird dadurch der Prozess in die frühere Lage zurückversetzt (§ 307) und es kann der Beklagte die Unzuständigkeit des Landgerichts ebenso geltend machen, wie wenn eine Versäumniss nicht stattgefunden hätte. [3])

3) Nach § 11 ist die Erklärung eines Gerichts, dass es sachlich unzuständig sei, für jedes Gericht bei dem die Sache später anhängig gemacht wird bindend, gleichviel ob dieses Gericht zu derselben oder zu einer anderen Gattung gehört. (M. 409). Auch ist nach dem Wortlaut des Gesetzes („auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gericht") nicht zu untersuchen, aus welchem Grunde diese Unzuständigkeitserklärung erfolgte. Es ist hienach das später angegangene Gericht auch nicht berechtigt, die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes das sich für unzuständig erklärte aus einem anderen Grunde anzunehmen und die Sache deshalb zurückzuverweisen. Die Motive sagen allerdings, es solle die Möglichkeit ausgeschlossen werden dass sich verschiedene Gerichte aus demselben Grunde für sachlich unzuständig erklären. Man könnte deshalb annehmen, dass es wenn sich ein Amtsgericht mit Rücksicht auf § 23 Abs. 1 G.-V.-G. für unzuständig erklärt hat dem darauf hin ange-

1) A. M. ist von Bülow § 10 S. 5. Für dessen Ansicht lässt sich aber keine Begründung finden.

2) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 7. A. M. ist Siebenhaar S. 47.

3) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 7; Endemann Bd. I S. 236; Hellmann Bd. I S. 63; Kleiner Bd. I S. 99; Gaupp Bd. I S. 35. A. M. sind Seuffert S. 12 und von Sarwey Bd. I S. 24.

gangenen Landgericht freistehe, dessen Zuständigkeit nach § 23 Abs. 2 auszusprechen und umgekehrt. Diese Auffassung entspricht aber weder dem Wortlaut noch dem Grund des Gesetzes, nach welchem die Anwendung des § 36 Z. 6 thunlichst beschränkt und über die sachliche Zuständigkeit (vorbehaltlich des Gebrauchs der Rechtsmittel) nur einmal entschieden werden soll. Auch ist den Motiven ein entscheidendes Gewicht nicht beizulegen da man bei der Wahl der Worte „aus demselben Grund,“ die sich auch auf die „sachliche Zuständigkeit“ im Allgemeinen beziehen können, schwerlich die hier auftauchende Streitfrage vor Augen hatte. Vielmehr ist anzunehmen, dass durch die rechtskräftige Entscheidung eines Gerichtes, durch welche sich dasselbe aus irgend welchem Grunde für sachlich unzuständig erklärt, die Frage der sachlichen Zuständigkeit endgültig geregelt wird und jedes später mit der Sache befasste Gericht diese Entscheidung als bindend anerkennen muss.[1])

4) Wenn sich ein Gericht für örtlich unzuständig erklärt, so findet § 11 keine Anwendung. Auch bezieht sich die Bestimmung desselben nicht auf die gemäss §§ 249 u. 466 erfolgende Zuweisung an das (vermeintlich) zuständige Gericht. Erklärt sich z. B. ein Amtsgericht für sachlich unzuständig und verweist die Sache nach § 466 vor ein bestimmtes Landgericht, so kann dieses die Sache nicht wieder vor ein anderes Amtsgericht verweisen wohl aber seine Zuständigkeit (auf Antrag) ablehnen, wenn die Sache vor ein anderes Landgericht gehört.[2])

Zweiter Titel.

Gerichtsstand.

§§ 12—37.

Allgemeine Vorbemerkungen.

Während das Gerichtsverfassungsgesetz und die soeben erläuterten §§ sich mit der Regelung der Zuständigkeit der Gerichte verschiedener Art beschäftigen, regeln die folgenden §§ die Vertheilung der Rechsstreite unter die Gerichte einer und derselben Gattung. Diese Vorschriften sind nicht in der Weise erschöpfend, dass in Titel II alle Gerichtsstände aufgezählt würden. Vielmehr werden noch an vielen Stellen des Gesetzbuchs solche angeordnet. So wird durch § 61 ein besonderer Gerichtsstand für die Hauptintervention und durch die §§ 63, 68 u. 73 ein solcher für die verschiedenen Nebenstreitigkeiten festgesetzt. Ausserdem werden besondere Gerichtsstände angeordnet: für die Nichtigkeits-

1) V. auch Kleiner Bd. I S. 101 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 38. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 7; Seuffert S. 12; Hellmann Bd. I S. 65, 66; Endemann Bd. I S. 238; Gaupp I. S. 37, 38; von Bülow S. 75.

2) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. § 11 Bem. 2 S. 7; Endemann I S. 239; Hellmann I S. 67; von Sarwey I S. 26. A. M. sind: Puchelt § 11 Bem. 3 Bd. I S. 120 und Kleiner I S. 103.

und Restitutionsklagen (§ 547), für Wechselklagen (§ 566), für Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 568, 594, 617), für das Mahnverfahren (§ 629), für die Kraftloserklärung von Urkunden (§ 839) und für die Klage im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 871). Eine grosse Zahl von Gerichtsständen werden endlich in dem Abschnitt über die Zwangsvollstreckung aufgestellt. (§§ 660, 667, 684, 686, 687, 690, 704, 710, 729, 755, 765, 780, 799.) Nach § 13 des E.-G. werden die in Reichsgesetzen angeordneten Gerichtsstände durch die Prozessordnung nicht berührt; ausserdem werden landesgesetzliche Anordnungen über den Gerichtsstand für bestimmte Fälle vorbehalten. (V. §§ 823 Z. 2 u. 837 Ab. 2 C.-P.-O. und 11 u. 15 Einf.-Ges.) Dass die Art. 455 u. 475 des Handelsgesetzbuchs nach welchen der Rheder als solcher vor dem Gerichte des Heimathshafens verklagt werden kann durch die C.-P.-O. nicht aufgehoben werden, wurde allgemein anerkannt (K. 11.). Immerhin ordnet dieser Titel das regelmässige Verfahren, und die übrigen durch das ganze Gesetzbuch zerstreuten Vorschriften sind, soweit sie nicht lediglich zur Ergänzung dienen, als Ausnahmebestimmungen anzusehen.

Bei der Regelung der Materie ist es dem Gesetzgeber darum zu thun gewesen, die Rechtsverfolgung möglichst zu erleichtern. Desshalb hat er neben dem allgemeinen Gerichtsstand eine grosse Zahl von besonderen Gerichtsständen aufgestellt, und in den meisten Fällen dem Kläger die Wahl gelassen. Soweit nicht durch besondere Bestimmungen Ausnahmen angeordnet sind, gelten die Vorschriften über den Gerichtsstand übrigens nicht blos für Angehörige des deutschen Reichs sondern auch für Ausländer und zwar ohne Rücksicht auf die Parteistellung der betr. Personen und gleichviel ob es sich um einen allgemeinen oder einen besonderen Gerichtsstand handelt (M. 409). Die Vorschriften über den Gerichtsstand derjenigen Ausländer welche im Inland als Exterritoriale leben sind im G.-V.-G. (§§ 18—21) enthalten. Die privilegirten Gerichtsstände sind im Allgemeinen (insbesondere auch soweit es sich um die Standesherren handelt) durch die neue Gesetzgebung beseitigt. Nur bezüglich der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familie sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern wurde in § 5 E.-G. ein Vorbehalt gemacht.

§ 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist.

(E. § 12. M. 409. K. 7.)

Im Begriff des „allgemeinen Gerichtsstands“ liegt es, dass in demselben alle gegen eine Person zu erhebenden Klagen angebracht werden können, sofern nicht eine besondere Bestimmung etwas Anderes anordnet. Diesem allgemeinen Satze gibt § 12 Ausdruck indem er im Uebrigen noch feststellt, dass der

Gerichtsstand da ist, wo der Beklagte Recht nehmen muss (actor sequitur forum. rei).

Von den in diesem Titel angeordneten Gerichtsständen hat nur der dingliche Gerichtsstand (§ 25) den Charakter der Ausschliesslichkeit. Im Uebrigen ist noch öfter ein Gericht als ausschliesslich zuständig bezeichnet. Insbesondere sind für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen (§ 547), für Ehe- und Entmündigungsklagen (§§ 568, 594, 606 und 617) und für das Mahnverfahren (§ 629) bestimmte Gerichte für ausschliesslich zuständig erklärt, und nach § 707 alle im achten Buch (Zwangsvollstreckung) angeordneten Gerichtstände als ausschliessliche anzusehen.

§ 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

(E. § 13. M. 410. K. 7.)

1) Dass der allgemeine Gerichtsstand einer Person in erster Linie durch deren Wohnsitz bestimmt wird, der den örtlichen Mittelpunkt ihrer ganzen Thätigkeit bildet, entspricht der Natur der Sache. Die C.-P.-O. unterlässt es übrigens, von der Voraussetzung ausgehend dass der prozessrechtliche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen identisch sei (M. 410), eine Definition des Wohnsitzes zu geben. Die Frage, wo der Wohnsitz einer Partei begründet ist, muss daher im Allgemeinen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts entschieden werden. Als selbstverständlich wurde es angesehen, dass wenn eine Person nach den Bestimmungen des für sie geltenden Rechts an mehreren Orten ihren Wohnsitz habe, der allgemeine Gerichtsstand derselben auch an jedem dieser Orte begründet sei (M. 410). Die Vorschrift dieses § und die in demselben stillschweigend enthaltene Verweisung auf das bürgerliche Recht gilt aber nur bezüglich der physischen Personen, da hinsichtlich des allgemeinen Gerichtsstands der juristischen Personen, insbesondere der Gesellschaften und Genossenschaften sowie des Fiskus in §§ 19 u. 20 besondere Vorschriften gegeben werden. Auch sind in den folgenden §§ (14—17) in Ansehung des Wohnsitzes einzelner Personen bestimmte Regeln aufgestellt welche durchgreifende Geltung haben.

2) Im Allgemeinen stimmen wohl alle Gesetzgebungen darin überein, dass Jemand seinen Wohnsitz an dem Orte habe, wo er sich thatsächlich niedergelassen hat oder aufhält in der Absicht dauernd dort zu bleiben. Neben diesem natürlichen Wohnsitz kennt jedoch das bürgerliche Recht auch einen Wohnsitz der lediglich auf gesetzlichen Bestimmungen beruht und auch in dieser Beziehung sind die betr. Vorschriften, sofern die C.-P.-O. keine abweichenden Bestimmungen enthält, als massgebend zu betrachten. Der Wohnsitz der Ehefrau, der Kinder, sowie der Militärpersonen wird soweit es sich um den Gerichtsstand handelt durch die §§ 17 bezw. 14 u. ff. geregelt. Dagegen bleibt es im Uebrigen besonders bezüglich des gesetzlichen Wohnsitzes von Beamten, Bevormundeten, Sträflingen u. s. w. bei den Bestimmungen der Landesgesetzgebung. Soweit Dienstboten unter gewissen Voraussetzungen ihren Wohnsitz am Wohnort der

Dienstherrschaft haben, finden die bestehenden gesetzlichen Vorschriften Anwendung. Auch kann diese Anwendung praktisch werden, da sich § 21 nur auf Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erstreckt.

3) Das „domicile élu" des französischen Rechts und der im Domicilwechsel vom Aussteller gewählte Wohnort können nicht als Wohnsitz im Sinne dieses § gelten. Es könnnen übrigens diese Domicilerwählungen eine Vereinbarung bezüglich des Gerichtsstandes begründen. (§ 38 ff). Da die Vorschrift des § auch für Ausländer gilt muss, sofern nicht § 24 zur Anwendung kommt oder ein besonderer Gerichtsstand begründet ist, der Ausländer der im Inland keinen Wohnsitz hat, sofern er nur einen solchen im Ausland besitzt, an seinem Wohnort, also im Ausland verklagt werden. (M. 410.) Ein Abänderungsvorschlag wurde von der J.-K. abgelehnt. (K. S. 7 u. 17). Uebrigens kann es auch bei einem Inländer, wenn er im Ausland seinen Wohnsitz hat und ein besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist vorkommen, dass er im Ausland verklagt werden muss.

§ 14.

Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen, oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

§ 15.

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheil gehören, der im deutschen Reiche keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.

(E. §§ 14 und 15. M. 410. K. 8.)

1) Die in den §§ 14 und 15 aufgestellten Regeln gelten nur soweit es sich um den Gerichtsstand, nicht soweit es sich um das materielle Recht handelt. Bei Militärpersonen fällt also der prozessrechtliche Wohnsitz nicht immer mit dem civilrechtlichen zusammen. In der J-K. erklärte von Amsberg (S. 8) ausdrücklich: „es sei nur die Absicht des Entwurfs festzustellen, dass rücksichtlich des Gerichtsstandes der Garnisonsort Wohnsitz sein solle, alle anderen Fragen sollten nicht berührt werden". Gegen diese Ansicht wurde Widerspruch nicht erhoben.

2) Als „Militärpersonen" sind nach § 4 des Militär-Strafgesetzbuches vom 20. Juni 1872 (R.-G.-Bl. S. 175) die Personen des Soldatenstandes und diejenigen Militärbeamten zu verstehen, welche zum Heer oder zur Marine gehören. Ein Verzeichniss derselben enthält die Anlage zu diesem Gesetze (a. a. O. S. 204)

und die kais. Verordnung vom 29. Juni 1880 (R.-G.-Bl. S. 169). In § 38 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 55) werden alle Personen aufgezählt, welche zum „aktiven Heere" gehören, auch soweit sie nicht „Militärpersonen" sind. Die Bestimmung des § 14 gilt nicht für solche Militärpersonen welche lediglich ihre Wehrpflicht erfüllen sondern nur für solche, welche entweder den Militärstand als Beruf erwählt haben (Offiziere, Militärbeamte) oder welche ohne dass ihnen eine Wehrpflicht obliegt freiwillig in die Armee eintreten bezw. in derselben verbleiben. Ja selbst bei diesen Personen findet § 14 Abs. 1 nur dann Anwendung, wenn die zur Begründung eines Wohnsitzes erforderliche Handlungsfähigkeit vorhanden ist. Für die unter § 14 Abs. 2 fallenden Personen wird durch § 21 Abs. 2 soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt ein besonderer Gerichtsstand am Garnisonort begründet.

3) Die Vorschrift des § 15 hat nur den Zweck, die in § 14 aufgestellten Regeln auch in dem Falle durchzuführen in welchem der betr. Truppentheil innerhalb des deutschen Reiches zur Zeit keinen Garnisonort hat. Die in § 14 Abs. 2 enthaltene Beschränkung muss deshalb auch in diesem Falle zur Anwendung kommen. Es ist hienach § 15 blos dann anwendbar, wenn es sich um eine Person handelt, bei welcher nach § 14 der Garnisonort bezüglich des Gerichtsstandes als Wohnort gilt. [1])

4) Ueber das Verhältniss des § 15 zu § 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes [2]) wurde in der J.-K von Struckmann Aufklärung verlangt und bei Berathung des § 10 E.-G. bemerkt: „§ 39 Abs. 3 R.-M.-G. gelte wohl neben § 15 der C.-P.-O., könne aber, da gegenwärtig keine dauernden Garnisonen ausserhalb des Reiches bestünden, wohl nur im Fall des Krieges Anwendung finden." Darauf erklärte von Amsberg: „dass § 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes habe intakt bleiben sollen." [3]) (K. 641 u. 642).

§ 16.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität geniessen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des

[1]) V. auch Fitting im Archiv für civilist. Praxis Bd. 61 S. 403 ff.; von Bülow § 15 Bem. 1 S. 7. A. M. sind Endemann Bd. I S. 250 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 10.

[2]) Dieser § 39 Abs. 3 sagt: „Es bleiben diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, nach welchen für Truppentheile, die nach der Mobilmachung ihre Garnison verlassen haben, oder sich dauernd im Auslande aufhalten, die Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit einem inländischen Gerichte oder den Auditeuren ein für alle Mal übertragen ist, oder für den einzelnen Fall im Verordnungswege übertragen werden kann."

[3]) Dass § 39 Abs. 3 des R.-M.-G. durch § 15 nicht beseitigt worden ist, wird fast von allen Schriftstellern angenommen. V. insbesondere Struckmann-Koch III. Aufl. zu § 13 E.-G. S. 821; Seuffert S. 16; Puchelt Bd. I S. 130; Hellmann Bd. I S. 82 ff.; Endemann Bd. I S. 250; Kleiner Bd. I S. 125, Bülow S. 7. Theilweise a. M. ist von Sarwey Bd. I S. 32 ff.

Reiches oder eines Bundesstaates behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimathsstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimathsstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

(E. § 16. M. 410. K. 8 u. 506.)

1) Der § 16, welcher dem § 21 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 nachgebildet ist, regelt den allgemeinen Gerichtsstand derjenigen Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität geniessen also obwohl sie im Ausland wohnen der ausländischen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen nicht unterworfen sind, sowie denjenigen der im Ausland angestellten deutschen Beamten[1]). Derselbe gibt dadurch, dass er den letzten Wohnsitz für massgebend erklärt und in Ermangelung eines solchen einen Wohnsitz fingirt die Sicherheit, dass solche Personen im Inlande unter allen Umständen einen allgemeinen Gerichtsstand haben. Durch den § wird hienach kein neuer Gerichtsstand geschaffen, sondern nur für das Vorhandensein eines Wohnsitzes gesorgt, an welchem nach § 13 der allgemeine Gerichtsstand begründet ist. Dieser Gerichtsstand gilt deshalb nicht blos für die Exterritorialen oder Beamten, sondern auch für deren Frauen und Kinder. (K. 506.)

2) Die Frage, welche Deutsche das Recht der Exterritorialität geniessen, ist im Allgemeinen nach völkerrechtlichem Grundsätzen zu beurtheilen. Aus den §§ 18 und 19 G.-V.-G., durch welche die inländische Gerichtsbarkeit bezüglich der im deutschen Reich wohnenden Exterritorialen soweit es sich nicht um den dinglichen Gerichtsstand handelt ausgeschlossen wird lässt sich jedoch ersehen, welchen Personen das Recht der Exterritorialität nach der Auffassung des Gesetzgebers zukommt.

Dass die Wahlkonsuln weder zu den Exterritorialen noch zu den im Ausland angestellten Beamten zu rechnen sind, sagt der letzte Absatz des § ausdrücklich. Bezüglich der Berufskonsuln ist es bestritten, ob sie auf Exterri-

[1]) § 21 R.-B.-G. lautet wie folgt: „Reichsbeamte deren dienstlicher Wohnsitz sich im Auslande befindet, behalten den ordentlichen, persönlichen Gerichtsstand, welchen sie in ihrem Heimathsstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Gerichtsstandes ist ihr ordentlicher persönlicher Gerichtsstand in der Hauptstadt des Heimathsstaats und in Ermangelung eines Heimathsstaates vor dem Stadtgerichte zu Berlin begründet. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird das zuständige Gericht im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt. — Auf Wahlkonsuln findet diese Bestimmung keine Anwendung.

torialität Anspruch haben. Dieselben sind aber jedenfalls als „im Ausland angestellte Beamte“ anzusehen.

3) Ob und wieweit gegen die in § 16 erwähnten Personen vor einem ausländischen Gericht Klage erhoben werden kann, muss nach der Gesetzgebung des betr. Landes beurtheilt werden. Es finden aber bezüglich der im Ausland angestellten Beamten auch die Bestimmungen über die Konsulargerichtsbarkeit Anwendung, auf Grund deren im Ausland unter Umständen gleichfalls Klage erhoben werden kann.[1])

4) In § 16 ist nicht wie in § 21 R.-B.-G. der Fall vorgesehen, dass ein Reichsbeamter keinen Heimathsort hat d. h. keinem der deutschen Bundesstaaten angehört. Sollte dieser Fall vorkommen, so müsste hienach dieser § 21 zur Anwendung kommen, und wäre der allgemeine Gerichtsstand des betr. Beamten vor dem „Stadtgerichte“ in Berlin begründet. Durch die betr. Vorschrift soll aber die sachliche Zuständigkeit der Berliner Gerichte nicht verschoben, sondern nur gesagt werden, es sei die Sache eben so zu behandeln als ob der betr. Beamte im Bezirk des Berliner Stadtgerichtes wohne. Bezüglich aller Klagen die vor das Landgericht gehören ist also dieses, hinsichtlich aller übrigen Klagen das Berliner Amtsgericht als zuständig anzusehen.

§ 17.

Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemanns, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

(E. § 17. M. 410. K. 8 u. 506.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Der Ehefrau und den Kindern kommt ein selbständiger prozessrechtlicher Wohnsitz in der Regel nicht zu. Vielmehr ist ihnen ein abgeleiteter Gerichtsstand zugewiesen, der sich nach dem Wohnsitz des Ehemannes bezw. des Vaters oder der Mutter richtet. Dieser Wohnsitz ist auch hier nur „in Ansehung des Gerichtsstandes“ für massgebend erklärt; soweit andere — civilrechtliche — Wirkungen desselben in Betracht kommen, gilt also nicht § 17, sondern kommen die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. (V. § 14 u. 15 Z. 1,)

2) Der abgeleitete Gerichtsstand der Ehefrau und der Kinder ist nur dann begründet, wenn der Ehemann bezw. der Vater oder die Mutter wirklich

[1]) V. § 21 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 und § 22 des Ges. vom 8. Nov. 1867.

einen Wohnsitz hat. Dagegen ist der Aufenthaltsort dieser Personen, wenn er auch für sie selbst nach § 18 einen allgemeinen Gerichtsstand begründet, für die von ihnen abhängigen Personen nicht massgebend. Hat der Ehemann etc. keinen Wohnsitz so kann also § 17 nicht zur Anwendung kommen, sondern es ist der allgemeine Gerichtsstand der Ehefrau bezw. der Kinder an ihrem Wohnsitz und wenn ein solcher nicht besteht an ihrem Aufenthaltsort oder letzten Wohnsitz begründet. Um eine entgegengesetzte Auffassung auszuschliessen wurde dem § 16 seine Stellung vor § 18 angewiesen. (M. 410). [1])

3) Auch der Wohnsitz des Ehemannes, der nicht auf den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts beruht sondern lediglich durch die Vorschriften der §§ 14—16 — als prozessrechtlicher Wohnsitz — begründet ist, wird von der Ehefrau und den Kindern getheilt, begründet also den abgeleiteten Gerichtsstand derselben. Es wurde dies in den Motiven (410) ausdrücklich ausgesprochen und es erhielten, um Zweifel darüber auszuschliessen, die betr. §§ ihre Stellung vor dem § 17.

4) Für die bevormundeten oder unter Pflegschaft stehenden Personen hat das Gesetz einen besonderen prozessrechtlichen Wohnsitz nicht aufgestellt. Es ist desshalb bezüglich derselben der Wohnsitz massgebend, der ihnen nach dem bürgerlichen Recht zukommt. Enthält dieses (wie Art. 108 C. c) eine Bestimmung, nach welcher solche Personen an demjenigen Orte ihren Wohnsitz haben an dem der Vormund wohnt, so behält diese Verfügung ihre Wirksamkeit da sich der Wohnsitz im Allgemeinen nach dem bürgerlichen Recht richtet. Es liegt kein Grund vor, in dieser Beziehung zwischen dem gesetzlichen Wohnsitz der unter Vormundschaft stehenden Personen und dem von Beamten etc. zu unterscheiden. [2]) Nur insofern werden entgegenstehende Vorschriften des bürgerlichen Rechts durch § 17 beseitigt, als der Wohnsitz des Vaters „in Ansehung des Gerichtsstandes" unbedingt massgebend ist wenn auch ein anderer Vormund bestellt wurde. Dies ist von Bedeutung für das französische Recht, nach welchem angenommen wird dass der Mündel selbst bei Lebzeiten der Eltern seinen Wohnsitz bei dem Vormund habe.

II. Wohnsitz der Ehefrau.

1) Für die Ehefrau ist solange die Ehe dauert der Wohnsitz des Ehemannes rücksichtlich des Gerichtsstandes unbedingt massgebend und zwar auch dann, wenn dieselbe nach dem geltenden Recht während der Ehe einen selbständigen Wohnsitz zu begründen vermag und von dieser Befugniss Gebrauch gemacht hat. (M. 410.) Hat der Ehemann keinen Wohnsitz, so fehlt die Voraussetzung von der die Anwendung des § 17 abhängt und es bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand der Ehefrau gemäss § 13 nach deren Wohnsitz,

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 11 und 12. A. M. ist Endemann Bd. I S. 256.

[2]) V. hiezu Puchelt Bd. I S. 141, der ohne Grund zwischen Minderjährigen und volljährigen Entmündigten unterscheidet, sowie von Sarwey I S. 40 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 39. Die Aufhebung des Art. 108 behaupten Struckmann und Koch III. Aufl. S. 12.

der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu ermitteln ist. Hat die Ehefrau gleichfalls keinen Wohnsitz, so kommt § 18 zur Anwendung. (V. Bem. I. 2).

2) Durch die Auflösung der Ehe verliert § 17 seine Wirksamkeit. Der Auflösung ist die immerwährende Trennung von Tisch und Bett gleichgestellt, welche zwar nach dem Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 (§ 77) künftig in Deutschland nicht mehr ausgesprochen wird aber doch häufig vorkommt, sei es dass sie vor diesem Gesetz ausgesprochen wurde, sei es dass es sich um eine ausländische in Deutschland wohnende Ehefrau handelt die von Tisch und Bett getrennt ist. Sollte die Ehefrau bei Auflösung der Ehe einen selbständigen Wohnsitz erworben haben, so wird durch denselben auch der allgemeine Gerichtsstand bestimmt. Ist dies aber nicht der Fall, so behält dieselbe den durch die Verheirathung erworbenen Wohnsitz.

III. Wohnsitz der Kinder.

1) Wie die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes, so theilen die Kinder den des Vaters, bezw. der Mutter. Während die erstere aber „in Ansehung des Gerichtsstandes" so lange die Ehe dauert bezw. so lange sie nicht dauernd von Tisch und Bett getrennt ist einen selbständigen Wohnsitz nicht erwerben kann sofern der Ehemann einen solchen besitzt, ist die Stellung der Kinder eine andere. Sie behalten den Wohnsitz des Vaters bezw. der Mutter nur „bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben;" mit der Erwerbung eines civilrechtlichen Wohnsitzes durch ein Kind hört also der durch § 17 Abs. begründete prozessrechtliche Wohnsitz auf. Die Frage, ob der Wohnsitz „rechtsgültig" aufgegeben wurde, ist nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden. (K. 506.)

2) Bezüglich der Frage, welche Kinder den ehelichen Kindern „gleichgestellt sind," muss nach Fassung und Grund des Gesetzes angenommen werden, dass es sich hier nicht blos um Adoptivkinder und durch die Ehe legitimirte Kinder handelt welche nach dem bürgerlichen Recht als eheliche Kinder zu betrachten sind, sondern gerade um Kinder, welche an sich nicht ehelich sind aber in Beziehung auf das hier in Frage stehende Verhältniss so behandelt werden, als ob sie ehelich wären. Es sind also auch uneheliche Kinder, wenn sie nach dem bürgerlichen Recht ausnahmsweise nicht der Mutter folgen sondern einen Vater haben und unter dessen Gewalt stehen, als „den ehelichen gleichgestellt" zu behandeln, denn um dieses Verhältniss der väterlichen Gewalt und Erziehungspflicht handelt es sich hier. Im n. E. (§ 51) hiess es: „Eheliche Kinder und solche Kinder, welche den ehelichen gleichstehen, haben den allgemeinen Gerichtsstand des Vaters, so lange die väterliche Gewalt besteht, oder der Vater die Vormundschaft führt." Auch wurde bei der Berathung desselben (n. Pr. I S. 36) ausdrücklich die Einigkeit darüber konstatirt: „dass das gesetzliche Abhängigkeitsverhältniss der ehelichen und der denselben gleichgestellten Kinder (wozu auch die vom Vater anerkannten unehelichen Kinder nach rheinischem Recht zu zählen) den Gerichtsstand regelmässig bedinge." An dieser Auffassung hat sich später nichts geändert, und man wollte sicher nicht, dass uneheliche Kinder, welche unter der Gewalt des Vaters stehen, hinsichtlich des Gerichtsstandes dem Wohnsitze der Mutter folgen sollen. Zu den

Kindern welche den ehelichen gleichgestellt sind müssen demnach nicht blos alle Kinder aus ungültigen Putativehen und „Brautkinder“, soweit solche als ehelich gelten, sondern auch solche uneheliche Kinder gerechnet werden welche unter der Herrschaft des C. c. in gültiger Weise vom Vater anerkannt wurden, und hienach dessen Namen und Stand haben, auch von ihm mindestens in derselben Weise wie von der Mutter abhängig sind. [1])

§ 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reiche und wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

(E. § 18. M. 411. K. 8.)

1) Damit § 18 zur Anwendung kommen kann ist es vor Allem erforderlich, dass die betr. Person überhaupt also auch im Ausland einen Wohnsitz nicht hat. Ist ein solcher im Ausland vorhanden, so kommt es auf den Aufenthaltsort nicht an und muss die Klage, wenn nicht die §§ 15 ff. Anwendung finden oder ein besonderer Gerichtsstand im Inlande begründet ist, im Ausland erhoben werden.

2) Bezüglich des Aufenthalts wird vorausgesetzt, dass derselbe im Deutschen Reich begründet ist: einen dauernden Aufenthalt (résidence) verlangt das Gesetz nicht, um die Rechtshülfe zu erleichtern und mit Rücksicht auf die Schwierigkeit die Grenze zwischen einem längeren und kürzeren Aufenthalt zu bestimmen. Nach den Motiven (S. 411) soll es genügen: „dass der Beklagte sich in dem Bezirke des Gerichts bei welchem die Klage erhoben werden soll solange aufhält, dass ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann.“ Damit ist nicht gesagt, dass die Klage der betr. Person immer persönlich zugestellt werden müsse. Hält sich der Beklagte verborgen und wird desshalb die Zustellung gemäss § 167 bewirkt, so ist das betr. Gericht desshalb nicht weniger zuständig. Da aber in diesem Falle der Aufenthalt nicht durch die Zustellung selbst festgestellt wird, hat der Kläger denselben nöthigenfalls zu beweisen.

3) Dass der Gerichtsstand des Aufenthaltsorts an sich nicht von Ehefrau und Kindern getheilt wird, wurde bereits oben (§ 17 Bem. 2) bemerkt. Hat ein Ehemann seinen Wohnsitz aufgegeben und sich von seiner Familie getrennt, so kann hienach an seinem Aufenthaltsorte nur gegen ihn, nicht aber gegen die Ehefrau oder die Kinder Klage erhoben werden. Vielmehr ist für diese der allgemeine Gerichtsstand bei dem Gerichte ihres Wohnorts oder, wenn sie gleichfalls ohne Wohnsitz sind, an *ihrem* Aufenthaltsorte begründet.

4) Hält sich eine Person die keinen Wohnsitz hat nicht innerhalb des deutschen Reichs auf oder ist wenigstens ein derartiger Aufenthaltsort nicht

[1]) V. auch von Sarwey § 17 Bem. 4 u. 6 Bd. I. S. 38, 39. A. M. ist Puchelt Bd. I S. 141.

bekannt, so wird der allgemeine Gerichtsstand dieser Person durch ihren letzten Wohnsitz bestimmt und es kommt nicht darauf an, ob sich dieser im Inland oder im Ausland befindet. Es kann also wenn der Beklagte zuletzt im Ausland wohnte der Kläger nicht auf den letzten Wohnsitz im Inland zurückgreifen. Da der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes ein subsidiärer ist darf der Kläger denselben nicht in Anspruch nehmen wenn ihm bekannt ist, dass sich der Beklagte an einem bestimmten Orte im deutschen Reich aufhält. Aber er ist nicht verpflichtet, in dieser Beziehung Nachforschungen anzustellen. Der Beklagte muss wenn er den Gerichtsstand des letzten Wohnorts bestreiten will nicht nur nachweisen, dass er sich zur Zeit der Klage im deutschen Reiche aufhielt, sondern auch, dass sein Aufenthaltsort dem Kläger bekannt war. Handelt es sich nicht um einen längeren sondern um einen vorübergehenden Aufenthalt, so ist nach freiem, richterlichem Ermessen darüber zu entscheiden, ob derselbe die Möglichkeit gewährte die Klage zuzustellen, bezw. ob dem Kläger zugemuthet werden konnte deren Erhebung auf die Gefahr hin zu versuchen, dass die Klage wegen Wechsels des Aufenthalts nicht mehr zugestellt werden könne. Soll eine herumziehende Person verklagt werden so ist der Kläger nicht verpflichtet, derselben nachzuziehen. Es ist vielmehr ein bekannter Aufenthaltsort im Sinne des Gesetzes nur dann anzunehmen, wenn dem Kläger zugleich bekannt war oder er wissen musste, dass es möglich sei die Klage an dem betr. Orte zu erheben.

§ 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderer Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein Anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

(E. § 19. M. 411. K. 8 u. 9.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Durch § 19 wird der allgemeine Gerichtsstand der juristischen Personen und anderer nicht als physische Personen in Betracht kommender Parteien,

welche nach dem bürgerlichen Recht vor Gericht belangt werden können, geregelt. Den Ausdruck, „juristische Personen" hat zwar das Gesetz vermieden. In Wirklichkeit handelt es sich aber um die juristische Persönlichkeit. Wo lediglich eine Mehrheit von Personen in Frage steht welche als Einzelne (als Streitgenossen) verklagt werden müssen, findet nicht § 19 sondern finden die §§ 13 ff. Anwendung. Wo dagegen eine solche Mehrheit von Personen rechtlich als eine Gesammtheit mit dem Charakter einer einheitlichen Persönlichkeit behandelt oder wo einem Vermögen der Charakter einer solchen Persönlichkeit beigelegt oder es wenigstens in Beziehung auf die Fähigkeit Prozesse zu führen, (die „Parteifähigkeit") so behandelt wird, liegt die Voraussetzung vor von welcher § 19 ausgeht.

2) Diese Parteifähigkeit wird den Gemeinden und Korporationen, die als „juristische Personen" in der vollen Bedeutung des Wortes gelten, durch das Gesetz ohne Weiteres beigelegt. Dagegen wird bei „Gesellschaften", „Genossenschaften" u. s. w. vorausgesetzt, dass sie nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts „als solche verklagt werden können." Für Handelsgesellschaften ist das deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 111, 164 und 213), für „eingetragene Genossenschaften" das Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 (§§ 3 und 11) massgebend. Im Uebrigen kommen die Bestimmungen der Landesgesetzgebung zur Anwendung. Auch ausländische Aktiengesellschaften u. s. w., die nach dem Rechte ihrer Heimath klagen und verklagt werden können, sind, sofern nicht besondere Vorschriften bestehen, als parteifähig anzusehen. [1])

3) Die Frage, ob der Gerichtstand einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereines auch nach der Auflösung derselben fortdauert, ist gemäss § 15 Z. 2 nach den landesgesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Bezüglich der Handelsgesellschaften ordnet das H.-G.-B. (Art. 144, Abs. 2, 172, 244, 247, Nr. 2), für die „eingetragenen Genossenschaften" das Genossenschaftsgesetz (§ 49 Abs. 2) an, dass der Gerichtstand bis zur Beendigung der Liquidation fortdauert. Soweit keine akweichenden Bestimmungen bestehen ist anzunehmen, dass so lange gegen einen Verein oder eine Gesellschaft etc. als solche noch Klage erhoben werden kann und insbesondere so lange die Liquidation noch nicht beendigt ist, auch der durch § 19 angeordnete Gerichtsstand bestehen bleibt. Solange solche Klagen für welche ein allgemeiner Gerichtsstand nothwendig ist zulässig sind, wird auch ein Sitz der Gesellschaft etc. und eine Verwaltung vorhanden sein. Jedenfalls ist für derartige Klagen der durch § 19 festgesetzte Gerichtsstand der natürlich gegebene, ja der einzig mögliche. Wie bei physischen Personen in Ermangelung eines wirklichen Wohnsitzes (und Aufenthaltsortes im deutschen Reich) der frühere Wohnsitz den allgemeinen Gerichtsstand begründet, so muss hier angenommen werden, dass der Sitz der Gesellschaft den Gerichtstand für die gegen die Gesellschaft etc. als solche gerichtete Klagen dauernd bestimmt.

II. Wo ist der Sitz der Körperschaften u. s. w.

1) Jede juristische Person hat einen örtlichen Mittelpunkt für ihre Geschäfte. Der Ort an dem dieser sich befindet wird in der C.-P.-O. deren

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. Bem. 1 S. 13.

„Sitz" genannt. Wo dieser Sitz besteht, ist bei Gemeinden und solchen Stiftungen, die mit Grund und Boden zusammenhängen (z. B. Krankenhäusern, Armenhäusern etc.), in der Regel von selbst klar. Bei Gesellschaften und Genossenschaften ist der Sitz meist durch Statut festgesetzt und ist dann diese ausdrückliche Bestimmung des Sitzes nach Abs. 3 des § unbedingt massgebend. Sollte sich aus derartigen Verhältnissen nicht ein anderer Sitz ergeben, so gilt als solcher „der Ort, wo die Verwaltung geführt wird." Diesen Ort zu bestimmen, wird im einzelnen Falle nicht schwer sein. Einzelne Verwaltungshandlungen welche da und dort vorgenommen werden können nicht massgebend sein; ebensowenig ist der Wohnort der Vorstände oder Direktoren unbedingt entscheidend. Vielmehr werden die Räumlichheiten (Büreau's), in welchen die Geschäfte erledigt werden, und in denen man die mit der Verwaltung betrauten Personen zu gewissen Geschäftsstunden findet, den Ort wo die Verwaltung geführt wird bestimmen. Sind mehrere solcher Mittelpunkte für die Verwaltung vorhanden so ist der Sitz der Gesellschaft etc. da, von wo aus die allgemeine oder oberste Verwaltung geleitet wird, während die anderen Orte den besonderen Gerichtstand der Niederlassung (§ 22) begründen können. Eine Zweigniederlassung begründet kein zweites Domicil sondern nur den Gerichtsstand des § 22.

2) Für die „Gewerkschaften" welche durch die Betheiligung mehrerer Personen an einem Bergwerk entstehen ist nach dem aus dem preussischen Berggesetz vom 24. Juni 1865 entnommenen Abs. 2 des § der allgemeine Gerichtsstand bei dem Gerichte begründet, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt. Erstreckt sich das Grubenfeld über mehrere Gerichtsbezirke, so ist da hier nur ein allgemeiner Gerichtsstand begründet sein soll, das ganze Bergwerk aber weder in dem einen noch in dem anderen Gerichtsbezirke liegt das zuständige Gericht gemäss § 36 Z. 2 zu bestimmen. [1]

3) Ob eine Behörde als solche verklagt werden kann, ist nach der Landesgesetzgebung zu entscheiden. In den Fällen des § 397 Abs. 3 können Behörden als solche in allen deutschen Bundesstaaten verklagt werden. [2]

III. Autonomie der Gemeinden, Körperschaften u. s. w.

Nach dem Entwurf sollte Absatz 3 die Vorschrift enthalten: „Die Bestimmungen dieses § kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt ist." Es sollten, wie auch in den Motiven (411) hervorgehoben wurde, „die Bestimmungen des § 19 nur eine subsidiäre Bedeutung haben, indem der für die Gesellschaft etc. im Allgemeinen durch Statut oder in anderer Weise z. B. durch Normativbestimmungen speziell bestimmte Gerichtsstand demjenigen aus § 19 vorgehe." Der in der J.-K. gestellte Antrag auf Streichung des Abs. 3 wurde mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit bekämpft, für ausländische Versicherungsgesellschaften mittels der Konzessionsurkunde einen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande zu schaffen,

[1]) V. auch von Bülow § 19 Bem. 3 S. 10. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. Bem. 3 S. 13 und Endemann I S. 258.

[2]) V. Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 405.

und dann auch abgelehnt. Dagegen wurde einem Antrag von Hauck entsprechend, den dieser selbst als „eine mehr redaktionelle denn sachliche Aenderung" bezeichnete, dem Abs. 3 die Fassung gegeben: „Der durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelte Gerichtsstand wird durch vorstehende Bestimmungen nicht ausgeschlossen" und dann schliesslich von der Redaktionskommission die jetzige Fassung gewählt. Daraus geht hervor, dass der subsidiäre Charakter der in Absatz 1 und 2 enthaltenen Bestimmungen nicht geändert und den im § bezeichneten Körperschaften, Gesellschaften und Vereinen nicht das Recht genommen werden sollte, statt des im § bestimmten allgemeinen Gerichtsstandes einen anderen festzusetzen, der dann allein massgebend ist. Auch wird dieser Sinn nicht durch die gewählte Fassung ausgeschlossen, denn damit dass der Gesetzgeber neben dem von ihm aufgestellten Gerichtsstande einen anderen (durch Autonomie festzustellenden) zulässt, wird nicht die Frage entschieden ob dem Kläger zwischen den verschiedenen Gerichten die Wahl zustehen muss, oder ob der Gerichtsstand des § 19 durch Statut ausgeschlossen werden darf. Das Wort „neben" ist nicht entscheidend. Wäre es doch nicht unrichtig, zu sagen, dass der Gesetzgeber neben den von ihm angeordneten gesetzlichen Gerichtsständen noch einen vereinbarten Gerichtsstand zugelassen habe, obgleich auch durch diesen die gesetzlichen Gerichtsstände in der Regel ausgeschlossen werden können.[1])

§ 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

(E. § 20. M. 411. K. 9 u. 506 ff.)

1) Dass auch der allgemeine Gerichtsstand des Reichsfiskus nach der dem bisherigen preussischen Recht entsprechenden Vorschrift des § zu beurtheilen sei, wurde in der J.-K. unter allgemeiner Zustimmung als der Sinn des Gesetzes bezeichnet. (K. 9.) Auch wurde in den Motiven hervorgehoben, dass der im § 20 aufgestellte Grundsatz hinsichtlich der gegen den Reichsfiskus zu richtenden Klagen schon in einer Reihe von Reichsgesetzen Anwendung gefunden habe. (V. Ges. betr. die Pensionirung von Militärpersonen vom 27. Juni 1871 § 116, R.-G.-Bl. S. 275; Reichspostgesetz vom 28. Okt. 1871 § 13, R.-G.-Bl. S. 347; Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 § 151, R.-G.-Bl. S. 61.) Bezüglich der besonderen Gerichtsstände erklärte bei Berathung des § 25 von Amsberg: „Die Regierungen erkennten an, dass das Reich auch bezüglich der Specialfora der allgemeinen Gerichtsbarkeit unterworfen sei." (K. 10.)

2) Welche Behörde den Fiskus in einem bestimmten Rechtsstreite zu ver-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 14 und Endemann Bd. I. S. 258, 259. A. M. sind Seuffert Bem. 4 S. 20; Puchelt Bd. I S. 148; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 48; Hellmann Bd. I S. 100; von Sarwey Bd. I S. 44; Kleiner Bd. I S. 146; von Bülow S. 10.

treten hat, ist soweit es sich um die einzelnen Bundesstaaten handelt nach der Landesgesetzgebung zu beurtheilen. Dabei ist im Auge zu behalten, dass der Fiskus mit allen seinen Verwaltungsstellen (fiskalischen Stationen) nur als ein Rechtssubjekt erscheint. Soweit es sich um das Reich handelt [1]) bemerkte von Amsberg: „In verschiedenen Reichsgesetzen sei bereits vorgesehen, welche Behörde den Reichsfiskus zu vertreten habe; sofern aber Spezialbestimmungen nicht bestünden, müsse das Reich am Sitze der obersten Reichsbehörden d. i. in Berlin Recht nehmen. Auch würden thatsächlich solche Klagen vom Berliner Stadtgericht angenommen und verhandelt.“ Darauf erklärte Reichensperger: „nach seiner Auffassung sei keineswegs anzunehmen, dass der allgemeine Gerichtsstand des Reichsfiskus — abgesehen von Spezialgesetzen immer am Sitze der obersten Reichsbehörde sei. Die Sache sei unklar und solle irgendwie im Gesetze entschieden werden.“ Ein besonderer Antrag wurde aber nicht gestellt; vielmehr § 20 in der vorgeschlagenen Fassung angenommen. (K. 507.) Die Frage, welche Behörden den Reichsfiskus in den verschiedenen Rechtsstreitigkeiten in die derselbe verwickelt werden kann zu vertreten haben, ist nach dem Gesagten nicht in allgemeiner Weise geregelt. Besteht keine Bestimmung nach welcher einer untergeordneten Behörde die Vollmacht zur Vertretung zusteht, so wird angenommen werden müssen, dass nur den obersten Reichsbehörden diese Befugniss zukommt und wird desshalb der allgemeine Gerichtsstand in Berlin begründet sein.

§ 21.

Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studirende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, dass an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonsorts tritt.

(E. § 21. M. 411. K. 9, 507 u. 508.)

I. Erfordernisse bezüglich des Aufenthalts.

1) Auch § 21 durch den zum ersten Mal ein besonderer nur für gewisse Klagen bestimmter Gerichtsstand angeordnet wird stammt aus dem preussischen

[1]) V. R.-G. 4. Okt. 1880 Entsch. II. S. 392.

Recht, in welchem eine Kabinetsordre vom 4. Juli 1832 verordnete, dass Personen der bezeichneten Art bezüglich bestimmter Klagen dem persönlichen Gerichtsstande ihres Aufenthaltsortes unterworfen sein sollen. (M. 411.) Aehnliche Bestimmungen finden sich übrigens in anderen Prozessordnungen. Auch sind im Verhältniss zum preussischen Recht wesentliche Abänderungen eingetreten.

2) Damit der Gerichtsstand des längeren Aufenthalts angerufen werden kann ist es, wenn man von den in Abs. 2 bezeichneten Militärpersonen absieht, vor allem nothwendig dass die Person welche verklagt werden soll sich zur Zeit der Klage am fraglichen Orte aufhält. Es genügt aber nicht ein Aufenthalt wie ihn § 18 voraussetzt sondern es muss derselbe unter Verhältnissen stattfinden, welche ihrer Natur auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen also ein „Quasidomizil" begründen. Wie bei dem wirklichen Domizil hebt auch hier eine vorübergehende Entfernung, selbst wenn sie in die Zeit der Zustellung der Klage fallen sollte, den Gerichtsstand nicht auf. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Aufenthalt zur Zeit der Klage schon längere Zeit gedauert hat. Vielmehr sind die Umstände, welche den Aufenthalt veranlassen und ihm seinen besonderen Charakter geben, für die Beurtheilung entscheidend. Die im Gesetz angeführten Beispiele lassen den Sinn der Vorschrift klar erkennen.

3) Da der Gerichtsstand des § 21 kein „ausschliesslicher" ist, kommen neben demselben alle anderen Gerichtsstände zur Anwendung. Dagegen kann der Gerichtsstand des § 21 nicht angerufen werden wenn es sich um einen Anspruch handelt, für den ein „ausschliesslicher" Gerichtsstand begründet ist. Für gewisse Streitigkeiten zwischen Gewerbegehülfen und Lehrlingen mit ihren Meistern sind durch § 108 der Gewerbeordnung besondere Behörden mit der Entscheidung betraut.

II. Voraussetzungen hinsichtlich der Klage.

1) Für die Anwendung des § kommt es lediglich darauf an ob der geltend gemachte Anspruch (Bem. II 1 zu §§ 136 ff.) vermögensrechtlicher Natur ist, nicht darauf, ob zur Begründung desselben anderweitige Verhältnisse (z. B. bei der Klage auf Bezahlung von Allimenten die Vaterschaft) geltend gemacht werden und nöthigenfalls nachgewiesen werden müssen. Wird lediglich auf Gewährung von Unterhalt geklagt, so liegt ein Anspruch vor, der vermögensrechtlicher Natur ist und desshalb im Gerichtsstand des § 21 geltend gemacht werden kann. Nur auf diesen Anspruch, der als solcher unbestritten sein kann und auf den sich nach § 293 allein die Rechtskraft des Urtheils erstreckt, kommt es an, nicht auf die Art und Weise wie derselbe begründet wird oder auf die Einreden welche der Klage entgegengesetzt werden. Wird dagegen neben der Gewährung des Unterhalts oder gar ausschliesslich Anerkennung der Vaterschaft oder eines sonstigen Familienverhältnisses verlangt, so liegt ein Anspruch vor, der nicht vermögensrechtlicher Natur ist. Bei Ansprüchen aus einem ausserehelichen Beischlaf, welche nach § 23 G.-V.-G. vor den Amtsgerichten zu verfolgen sind, hat es der Beklagte in der Hand, indem er mittels Widerklage (nach § 253) die Feststellung der Frage der Vaterschaft verlangt, die Sache vor das Land-

gericht zu bringen. (V. § 467.) In diesem Sinne wurde die Frage auch in der J.-K. erörtert. Insbesondere hob von Amsberg hervor: „dass es auf das Ziel, nicht auf die Voraussetzungen des Klageanspruchs ankomme.“ (K. 9 und 507.) [1])

2) Ob die Personen gegen welche geklagt werden soll prozessfähig sind oder einen gesetzlichen Vertreter haben, ist ohne Bedeutung. Es ist also, da nur der längere Aufenthalt, nicht der gesetzliche Wohnsitz in Betracht kommt, die Zuständigkeit des Gerichtes des Aufenthaltsorts auch dann begründet, wenn der gesetzliche Vertreter des Verklagten an einem anderen Orte wohnt und sich dort aufhält. Dagegen ist es erforderlich, dass die Klage gegen eine Person gerichtet ist, welche sich in den im § vorausgesetzten Verhältnissen befindet. Es können also Klagen gegen andere Personen, z. B. Klagen durch welche die Eltern mit ihrem eigenen Vermögen in Anspruch genommen werden, nicht am Aufenthaltsort des Sohnes erhoben werden, wenn auch die Klage durch dessen Verhalten begründet wird bezw. die Eltern für dessen Verbindlichkeiten verantwortlich gemacht werden sollen.

3) Der Gerichtsstand des § 21 ist nicht auf solche Ansprüche beschränkt, welche am Aufenthaltsort selbst entstanden sind, sondern erstreckt sich auf alle Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche, ohne Rücksicht auf deren Entstehungsart. (M. S. 411.) Auch auf die Zeit der Entstehung des Anspruchs kommt nichts an; es können vielmehr alle Klagen vermögensrechtlicher Art, auch wenn sie vor der Begründung des Aufenthalts entstanden sind, bei dem nach § 21 zuständigen Gericht erhoben werden.

III. Gerichtsstand der in Frage stehenden Militärpersonen.

Die Militärpersonen welche nicht selbständige Berufssoldaten sind und desshalb nicht ihren Wohnsitz am Garnisonorte haben (§ 14), werden nach § 21 Abs. 2 zu den Personen gerechnet deren Verhältnisse auf einen Aufenthalt von längerer Dauer am Garnisonorte hinweisen und nehmen desshalb am Gerichtsstande des § 22 Theil. Es ist jedoch bezüglich derselben nicht der Aufenthaltsort als solcher entscheidend, sondern es besteht derselbe Gerichtsstand der bei anderen Personen z. B. Studirenden bei dem Gerichte des Aufenthaltsortes begründet ist hier bei dem Gerichte des Garnisonortes, auch wenn sich die betr. Person, z. B. weil sie mit einem kleineren Detachement abkommandirt ist, gar nicht an diesem Orte aufhält. Es sind also die in § 14 Abs. 2 von der Vorschrift des Abs. 1 dieses § ausgenommenen Personen den übrigen Militärpersonen bezüglich des Gerichtstandes am Garnisonort wieder gleichgestellt, mit der Abweichung, dass dieser Gerichtsstand bei ihnen lediglich hinsichtlich vermögensrechtlicher Ansprüche begründet ist. Dies war schon durch § 39 Abs. 2 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 56) angeordnet. [2]) Auf die wirkliche Dauer des Aufenthaltes kommt es bei Militär-

[1]) V. auch von Sarwey Bd. I S. 14 ff.; Hellmann Bd. I S. 110. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 48; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 16 und die dort angeführten Schriftsteller, deren Auffassung theilweise abweicht.

[2]) Dieser § 39 Abs. 2 lautet: „Den allgemeinen Gerichtsstand haben die Militärpersonen bei dem Gerichte des Garnisonortes; diejenigen jedoch, welche nur zur

personen sowenig als bei anderen Personen an, sondern nur darauf, ob die Verhältnisse unter denen die Einberufung erfolgt ist bezw. der Wehrpflicht genügt wird an sich auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen.

§ 22.

Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutzniesser oder Pächter bewirthschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

(E. § 22. M. 411. K. 9.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Der durch § 22 angeordnete „Gerichtsstand der Niederlassung" ist dem Gerichtsstand des Wohnsitzes nachgebildet. Es soll der Ort, an dem sich die Niederlassung befindet bezw. das Gut, das bewirthschaftet wird, bezüglich gewisser Klagen dem Wohnsitze gleichgestellt werden. Darauf ob der Beklagte eine physische oder juristische Person ist kommt nichts an, sondern es handelt sich nur darum ob eine solche gewerbliche Niederlassung oder Bewirthschaftung eines Guts vorliegt, die im Gesetze hinsichtlich des Gerichtsstandes und bezüglich gewisser Klagen als die Begründung eines besonderen, geschäftlichen, Wohnsitzes behandelt wird. Auch wird nicht vorausgesetzt, dass sich der Beklagte am Ort der Niederlassung bezw. auf dem Gute aufhält. Vielmehr genügt es, dass die Fabrik bezw. das Gut für seine Rechnung betrieben oder bewirthschaftet wird. Nicht auf den Wohn- oder Aufenthaltsort des Geschäftsinhabers oder Eigenthümers sondern darauf kommt es an, dass für den Betrieb der Geschäfte, oder die Bewirthschaftung des Gutes ein besonderer örtlicher Mittelpunkt besteht, der für gewisse Klagen dieselbe Bedeutung hat wie der wirkliche Wohnsitz für den allgemeinen Gerichtsstand.

2) Ueber die Dauer des Gerichtsstandes ist im Gesetz nichts gesagt, doch ergibt sich dieselbe aus der Natur der Sache. Es handelt sich hier nicht wie

Erfüllung der Wehrpflicht dienen, oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, nur bezüglich der Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche."

bei den juristischen Personen um einen örtlichen Mittelpunkt, welcher den allgemeinen Wohnsitz ersetzt. Auch ist nicht wie bei dem Gerichtsstand des Erfüllungsortes die Rücksicht auf das einzelne Geschäft entscheidend. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass für gewisse Geschäfte oder Verwaltungshandlungen ein besonderer örtlicher Mittelpunkt gegeben ist. Wird die Niederlassung bezw. die Bewirthschaftung des Gutes aufgegeben, so hört damit dieser geschäftliche Wohnsitz auf. Es tritt dann der Wohnsitz des Beklagten und der an demselben begründete allgemeine Gerichtsstand wieder in seine Rechte ein, und es müssen, soweit nicht der Ort der Niederlassung zugleich den Erfüllungsort bildet und dadurch ein besonderer Gerichtsstand begründet ist, alle auf den früheren Geschäftsbetrieb der Niederlassung bezw. die frühere Bewirthschaftung des Guts bezüglichen Klagen im allgemeinen Gerichtsstande geltend gemacht werden.

II. Gewerbliche Niederlassung.

1) Jede Niederlassung, welche zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes getroffen wurde, begründet den Gerichtsstand des § 22, wenn von ihr aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden Es kommt also nichts darauf an, ob eine Haupt- oder eine Zweigniederlassung in Frage steht. Vielmehr wird im letzteren Falle nur vorausgesetzt, dass der Zweigniederlassung eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt ist, welche die mit der Leitung betrauten Personen nicht bloss zur Vermittlung sondern zur Abschliessung von Geschäften befähigt. Auch der Staat kann, wenn er eine gewerbliche Niederlassung begründet hat, am Ort derselben verklagt werden. Eisenbahnstationen sind mit Rücksicht auf den einheitlichen Betrieb des Unternehmens im Allgemeinen nicht als Niederlassungen im Sinne des § 22 anzusehen. Desshalb können die Klagen, die sich auf den Betrieb der Staatseisenbahnen beziehen, in der Regel nicht am Gerichte der Station, auf deren Geschäftsbetrieb sie sich beziehen, sondern nur an dem Orte der Hauptverwaltung erhoben werden.[1]) Dass die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen als Niederlassungen im Sinne des § 22 anzusehen sind, ergibt sich aus ihrer Stellung. Auch ist in § 38 des Bankgesetzes vom 14. März 1875 (R.-G.-Bl. S. 188) gesagt, dass alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb derselben Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden können, wo die Zweiganstalt errichtet ist. Die Reichsbanknebenstellen sind nach der zur Zeit bestehenden Einrichtung nicht befugt, Geschäfte selbständig abzuschliessen. Desshalb wird durch die Errichtung einer solchen Stelle auch nicht der Gerichtsstand des § 22 begründet.

2) Der Gerichtsstand des § 22 ist nicht auf Klagen aus Verträgen beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben. Auch Entschädigungsklagen, welche darauf gestützt werden, dass durch den Betrieb einer Fabrik u. s. w. ein bestimmter Schaden entstanden sei, können im Gerichtsstande der Niederlassung erhoben werden; insbesondere ist dieser Gerichtsstand auch für Schaden-

[1]) V. R.-G. 24. Sept. 1880. Entsch. Bd. II. S. 386 ff.

ersatzklagen begründet, welche auf Grund der §§ 1 u. 2 des Reichs-Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (R.-G.-Bl. S. 207) erfolgen, wenn die Beschädigung durch den Geschäftsbetrieb der Niederlassung verursacht wurde.

III. Bewirthschaftung eines Guts.

1) Nicht jede Bewirthschaftung eines Guts begründet den Gerichtsstand des § 22, sondern es wird ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut vorausgesetzt. Wohn- und Wirthschaftsgebäude werden verlangt weil sie ankündigen, dass das Gut ein selbständiges abgeschlossenes Ganzes bildet, das nicht von Aussen her bewirthschaftet wird sondern den Mittelpunkt der Verwaltung in sich selbst hat. Sie sind aber nicht die Hauptsache, sondern es wird ein Wirthschaftsgut vorausgesetzt, als dessen Zubehör die Gebäulichkeiten erscheinen. Ein Landhaus, zu dem nebenbei einige Grundstücke gehören, fällt demnach nicht unter die Vorschrift des § 22.

2) Bezüglich der Person des Beklagten wird vorausgesetzt, dass dieser das fragliche Gut als Eigenthümer, Nutzniesser oder Pächter bewirthschaftet. Es kommt aber nichts darauf an, ob derselbe die Bewirthschaftung selbst leitet oder durch andere Personen führen lässt, wenn nur die Wirthschaft für seine Rechnung betrieben wird. Auch wenn ein besonderer Verwalter bestellt ist, dem die selbständige Leitung der Wirthschaft übertragen wurde, ist der Gerichtsstand der Niederlassung begründet, da die Voraussetzungen von denen der Gesetzgeber ausgeht und die sich aus der Art und Weise ergeben, wie der in Abs. 1 angeordnete Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung auf den in Abs. 2 vorgesehenen Fall der Bewirthschaftung eines Guts ausgedehnt wird, auch in diesem Falle vorliegen. [1])

3) Um Rechtsverhältnisse, die sich auf die Bewirthschaftung des Guts beziehen, handelt es sich in erster Linie bei den Klagen dritter Personen, welche auf die Bewirthschaftung des Guts bezügliche Verträge abgeschlossen haben und die ihnen auf Grund solcher Verträge zustehenden Ansprüche geltend machen. Es kann sich aber hier auch um andere Ansprüche, z. B. um Schadenersatzforderungen handeln, welche nicht aus einem Vertragsverhältniss entspringen. Auch Klagen des Verpächters gegen den Pächter, welche sich auf die Bewirthschaftung des Gutes beziehen oder in der Art und Weise der Behandlung desselben ihren Grund haben, können im Gerichtsstand des § 22 erhoben werden.

§ 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mit-

[1]) A. M. ist Puchelt Bd. I S. 159 u. 183.

glieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

(E. § 23. M. 412. K. 9.)

1) Der § 23 stellt einen besonderen Gerichtsstand für Streitigkeiten aus gesellschaftlichen und genossenschaftlichen Verhältnissen auf, bei dem es sich um eine Ausdehnung des im § 19 angeordneten Gerichtsstandes nach zwei verschiedenen Richtungen hin handelt. Unter dem hier in Frage kommenden „allgemeinen" Gerichtsstand ist nur der gesetzlich bestimmte allgemeine Gerichtsstand (§ 19 Abs. 1 und 2), nicht derjenige Gerichtsstand zu verstehen den die Gesellschaft u. s. w. durch Statut für die gegen sie gerichteten Klagen festgesetzt hat.[1])

2) Klagen welche eine Gemeinde, Korporation etc. gegen ihre Mitglieder als solche erhebt liegen dann vor, wenn es sich um Verpflichtungen des Beklagten handelt die ihm gerade desshalb obliegen weil er Mitglied der betr. Gemeinde etc. ist, nicht aber, wenn die Verpflichtungen wegen deren Klage erhoben wird, in anderen Verhältnissen ihren Grund haben. Wenn ein Gesellschafter oder Genossenschafter in Folge von Verhältnissen, die mit der Mitgliedschaft nichts zu thun haben z. B. in Folge besonderer Verträge Schuldner derselben geworden ist, kann er desshalb nicht nach § 23 im Gerichtsstand der Gesellschaft verklagt werden. Auch für Klagen der Gemeinde oder Gesellschaft u. s. w. gegen ihre Vorsteher oder sonstigen Beamten ist der Gerichtsstand des § 23 nicht begründet, selbst wenn diese Personen zugleich Mitglieder sind ja vielleicht nur als solche zu Vorständen etc. gewählt werden konnten. Ungeachtet eines derartigen Verhältnisses werden dieselben nicht als Mitglieder, sondern als Vorstände etc. verklagt; nicht die Mitgliedschaft, sondern das besondere Verhältniss in das sie zur Gemeinde etc. getreten sind ist der Grund der Klage. In der Regel wird hier der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (§ 31) begründet sein.

Der Fall, dass ein Mitglied einer Gesellschaft derselben zugleich als Dritter der mit ihr einen Vertrag abschliesst gegenüber tritt, ist bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit regelmässig gegeben; ja hier wird die Mitgliedschaft gerade durch den Abschluss des Versicherungsvertrags begründet. Aber auch bei „eingetragenen Genossenschaften", insbesondere bei Kreditvereinen, liegt ein solches Verhältniss bei den meisten Mitgliedern vor. Hier muss unterschieden werden zwischen den Ansprüchen, welche der Gesellschaft kraft eines besonderen Vertrags und denjenigen, welche ihr kraft des Statuts gegen die Mitglieder als solche zustehen. Bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit ist, wenn von den Mitgliedern ebenso wie bei anderen Gesellschaften eine feste Prämie bezahlt wird und nur für den Fall diese Prämien nicht ausreichen, weitere Beiträge erhoben werden können, für die Klage auf Zahlung der kraft des Versicherungsvertrags geschuldeten Prämien der Gerichtsstand des § 23 nicht

[1]) V. Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 405 ff; von Bülow S. 11. A. M. sind Struckmann und Koch III. Aufl. S. 17.

begründet. Dagegen erstreckt sich derselbe, wenn keine festen Prämien bedungen werden sondern der Schaden jährlich vertheilt wird auf diejenigen Klagen, mittels deren der betr. Beitrag oder ein etwaiger Zuschuss von jedem Mitgliede verlangt wird. Bezüglich dieser Prämie steht der Versicherte ebenso wie bei Versicherungsgesellschaften anderer Art zur Gesellschaft in einem besonderen Verhältniss. Er zahlt nicht als Mitglied der Gesellschaft den ihn treffenden Beitrag zur Gesellschaftskasse, sondern das Aequivalent für die von der Gesellschaft ihm gegenüber speziell übernommene Leistung.[1])

3) Der Fall, dass Mitglieder einer Gesellschaft sich als solche unter einander verklagen, wird insbesondere bei der offenen Handelsgesellschaft vorkommen. Wenn diese auch nach Aussen hin als einheitliches Rechtssubjekt behandelt wird und unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, so müssen doch eine Menge von inneren Streitigkeiten, z. B. solche, bei denen es sich um die Mitgliedschaft (Aufnahme oder Ausschliessung) oder um den Antheil am Gewinne handelt, unter den einzelnen Mitgliedern ausgetragen werden. Ueberall, wo eine solche Klage vorliegt ist ebenso wie bei Klagen gegen die Gesellschaft selbst deren allgemeiner Gerichtsstand massgebend. Der Gerichtsstand des § wird auch dann massgebend sein, wenn die Gesellschaft oder der Verein sich aufgelöst hat und wenn es sich um Klagen von ausgeschiedenen Mitgliedern oder gegen solche handelt. Auch in diesen Fällen trifft der Grund des Gesetzes zu.[2])

§ 24.

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

(E. § 24. M. 412. K. 9.)

1) Der durch § 24 angeordnete „Gerichtsstand des Vermögens", hat die Bestimmung, „die Gläubiger der im Ausland wohnenden oder sich ohne Wohnsitz im Inland herumtreibenden Schuldner zu schützen." (M. 412.) Dieser Schutz wird dadurch erreicht, dass man den Gläubigern die Möglichkeit gewährt,

[1]) V. Puchelt § 23 Z. 4 S. 161; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 49. A. M. ist Gaupp Bd. I S. 76. In dessen Sinn hat das Amtsgericht Dresden nach der deutschen Juristenzeitung (Bd. IV. S. 341.) entschieden.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 17; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 49; Endemann Bd. I S. 265; Hellmann Bd. I S. 114 ff.; Gaupp Bd. I S. 77, 78. Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 14 S. 36. A. M. ist Kleiner Bd. I S. 164.

im Inland Klage zu erheben, sofern sich daselbst Vermögenstheile der Schuldner befinden. Die Zulassung dieses Gerichtsstandes, dessen Inanspruchnahme auch mit Arrestanträgen verbunden werden kann ja soweit es sich um Forderungen handelt in der Regel zu Arrestprozeduren Veranlassung geben wird, soll zugleich den Gerichtsstand des Arrests entbehrlich machen und bezüglich der beweglichen Gegenstände den Gerichtsstand der belegenen Sache ersetzen, der (nach § 25) voraussetzt, dass unbewegliche Sachen in Frage stehen (M. a. a. O.).

2) Damit der Gerichtsstand des § Anwendung finden kann ist es nöthig, dass es sich bei der Klage um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt. (V. Bem. II 1 zu § 21.) Andere Klagen müssen, soweit nicht die Voraussetzungen des § 18 vorliegen, vor dem ausländischen Gerichte bei welchem der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes begründet ist angebracht werden.

3) Weiter wird vorausgesetzt, dass der Beklagte im deutschen Reich einen Wohnsitz nicht hat. Ist ein solcher vorhanden und hienach im Inland der allgemeine Gerichtsstand der §§ 13—17 begründet, so ist die Anwendung des § ausgeschlossen. Dagegen ist der Gerichtsstand des Vermögens auch dann begründet, wenn der Beklagte sich im Inland aufhält also der allgemeine Gerichtsstand des § 18 angerufen werden kann, welcher der Anwendung des § 24 sowenig wie das Vorhandensein eines anderen besonderen Gerichtsstands im Wege steht. Seiner Fassung nach bezieht sich § 24 nur auf Klagen gegen physische Personen. Derselbe ist aber auch dann anzuwenden, wenn es sich um Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen einen ausländischen Staat oder eine Gemeinde etc. handelt die im Auslande ihren Sitz hat, da der Grund des Gesetzes auch hier zutrifft und man gewiss nicht die Absicht hatte, durch die Wahl des Wortes „Wohnsitz" die juristischen Personen auszuschliessen.[1]) Dass der Beklagte im Inland keinen Wohnsitz hat muss, sofern die Zuständigkeit bestritten wird oder es sich um ein Versäumnissurtheil handelt, der Kläger ebenso wie jede andere Voraussetzung der Zuständigkeit nachweisen.[2])

4) Damit der Gerichtsstand des § 24 begründet sei verlangt das Gesetz noch, dass sich in dem Bezirk des Gerichts an das sich der Kläger wenden will entweder Vermögen des Beklagten oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. In Beziehung auf das Vermögen, dessen Vorhandensein nöthigenfalls vom Kläger nachzuweisen ist,[3]) genügt es, dass sich einzelne Bestandtheile desselben im Gerichtsbezirk vorfinden. Auch hat der Kläger wenn dieselben in mehreren Bezirken zerstreut sind die Wahl zwischen den verschiedenen Gerichten, die hienach als zuständig erscheinen. Mit Erhebung der Klage welche die Rechtshängigkeit begründet hört aber das Wahlrecht auf.

Da § 24 „vorzugsweise den Zweck hat, dass die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benützt werden können"

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 18; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 47, 48; Hellmann S. 117; Endemann I S. 266; v. Sarwey I S. 52.

[2]) V. Puchelt Bd. I S. 163; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. XIII. S. 41 ff.

[3]) V. auch R.-G. 25. Jan. 1881, deutsche Juristenzeitung Bd. V S. 282.

(M. 412) muss, obgleich in den Motiven als legislatives Bedenken gegen die getroffenen Bestimmungen angeführt wird „dass hienach jedes geringfügige, vielleicht nur zufällig zurückgelassene Vermögensstück einen Gerichtsstand herbeizuführen vermag", doch auf die Beschaffenheit und auf den Werth der in Frage stehenden Vermögensstücke Rücksicht genommen werden. Es wird nicht darauf ankommen ob die vorhandenen Vermögensbestandtheile von bedeutendem Werth sind, sondern genügen dass dieselben dem Kläger auch nur theilweise Befriedigung verschaffen können. Wenn aber die vorhandenen Gegenstände so wenig Werth haben, dass eine Zwangsvollstreckung bezüglich derselben mit Rücksicht auf die Kosten vernünftiger Weise gar nicht in Frage kommen kann, oder wenn diese Gegenstände (z. B. Kleidungsstücke) dem Zugriff der Gläubiger gesetzlich entzogen sind, können dieselben nicht als Vermögen im Sinne des Gesetzes angesehen werden.[1]

Der vom Kläger in Anspruch genommene Gegenstand kann zum Vermögen des Beklagten gehören; es ist dies aber nicht nothwendig der Fall, ja in vielen Fällen wird gerade vom Kläger das Eigenthum an demselben geltend gemacht. Desshalb erklärt das Gesetz ausdrücklich auch dasjenige Gericht für zuständig, in dessen Bezirk sich der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet.

5) Da zum Vermögen des Beklagten auch die Forderungen desselben gehören, und sich in der preussischen Praxis Zweifel darüber ergeben hatten, ob der Wohnsitz des Schuldners als der Ort anzusehen sei, an dem sich der durch die Forderung repräsentirte Vermögenstheil befinde, spricht das Gesetz diesen Satz ausdrücklich aus. Haftet eine Sache für die Sicherheit der Forderung, sei es dass dieselbe verpfändet sei es dass ein Retentionsrecht an derselben begründet ist, so ist auch das Gericht desjenigen Ortes an dem sich die Sache befindet als zuständig anzusehen.

§ 25.

Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

(E. § 25. M. 412. K. 10.)

[1]) V. dag. Puchelt Bd. I S. 164; von Bülow Bem. 4 S. 12; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 50.

I. Ausschliesslichkeit des Gerichtsstandes.

Der Gerichtsstand der belegenen Sache (forum rei sitae), oder der dingliche Gerichtsstand schliesst bezüglich der in § 25 vorgesehenen Klagen alle anderen Gerichtsstände aus. Es steht desshalb dem Beklagten der mit einer solchen Klage vor einem anderen Gerichte belangt wird die Einrede der Unzuständigkeit zu, welcher das Gericht Folge geben muss. Da nach § 40 wenn für eine Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand besteht jede Vereinbarung bezüglich der Zuständigkeit unzulässig ist, muss sich aber das Gericht dessen Zuständigkeit durch § 25 ausgeschlossen wird auch wenn der Beklagte die Unzuständigkeit nicht geltend macht von Amtswegen für unzuständig erklären. Allerdings kann wenn dies nicht geschieht und das Urtheil rechtskräftig wird dasselbe nicht durch Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (§ 542). Da aber jede Vereinbarung welche die nach § 25 begründete Zuständigkeit beseitigen soll unwirksam ist kann, wenn das betr. Gericht es unterlassen hat sich von Amtswegen für unzuständig zu erklären, das darauf hin ergangene Endurtheil von jeder Partei durch Berufung (§§ 472 ff.) bezw. durch Revision (§ 509 Z. 1 und § 513 Z. 4) angefochten werden.

II. Voraussetzungen bezüglich der Klagen.

1. *Geltendmachung des Eigenthums.*

Unter die Vorschrift des § 25 fallen nur solche Klagen, durch welche das Eigenthum geltend gemacht wird also die rei vindicatio und die Publiciana in rem actio, nicht aber Klagen anderer Art bei welchen nach der einen oder andern Richtung hin das Eigenthumsrecht in Frage kommt. Selbst wenn zur Begründung einer Klage, z. B. einer Entschädigungsforderung, das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache vorausgesetzt wird oder nachgewiesen werden muss, oder durch das Vorbringen einer Partei im Lauf des Prozesses Streit über das Eigenthum an einer solchen Sache entsteht, kommt § 25 nicht zur Anwendung. Es entscheidet vielmehr lediglich die Beschaffenheit des durch die Klage geltend gemachten Anspruchs. Auch hat das in dieser Beziehung zuständige Gericht die bezüglich des Eigenthums entstandenen Zwischenfragen selbst zu entscheiden und nicht etwa an das Gericht der belegenen Sache zu verweisen. Dagegen wird wenn der Beklagte durch Widerklage das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache geltend macht nach § 33 Abs. 2 zur Zulässigkeit derselben vorausgesetzt, dass das Gericht nach § 25 zuständig ist. Dasselbe gilt wenn der Kläger durch Präjudizial-Incidentklage (nach § 253) seinem Eigenthum an einer derartigen Sache Anerkennung verschaffen will. (V. die Bem. zu §§ 33 und 253.)

Um Geltendmachung des Eigenthums handelt es sich nur wenn der Kläger behauptet Eigenthümer der streitigen Sache zu sein und diesem Ausspruch durch die Klage Geltung verschaffen will, nicht wenn die Klage dazu bestimmt ist dem Kläger erst das Eigenthum zu verschaffen. Die Klage, durch welche Gültigerklärung oder Vollzug eines Kaufvertrags über eine unbewegliche Sache verlangt wird, fällt desshalb nicht unter die Vorschrift des § 25. Bezüglich der Gesetzgebungen, welche zum Eigenthumserwerb ausser dem Vertrag

noch eine bestimmte Handlung (Tradition oder Eintragung in das Grundbuch) verlangen, ist dies selbstverständlich. Aber auch wenn wie nach französischem Recht das Eigenthum durch blossen Vertrag erworben wird, ist die Klage durch welche die Gültigerklärung oder Aufhebung eines Kauf- oder Tauschvertrags verlangt wird desshalb nicht ohne Weiteres als Klage durch welche das Eigenthum geltend gemacht wird anzusehen. Eine solche Klage ist keine dingliche; vielmehr handelt es sich bei derselben lediglich um ein obligatorisches Verhältniss und darauf, ob dieses zugleich den Eigenthumsübergang zur Folge hat, kommt es nicht an. Ebenso verhält es sich mit der Klage auf Auflösung eines Kauf- oder Tauschvertrags, welche nicht als dingliche sondern als persönliche Klage anzusehen ist.[1]) Auch die eigentliche Erbschaftsklage (hereditatis petitio) ist nicht zu den Klagen zu rechnen, welche nach § 25 vor den Gerichtsstand der belegenen Sache gehören. Bei derselben handelt es sich in der Regel um die Frage, ob der Kläger Erbe und als solcher allgemeiner Rechtsnachfolger des Erblassers ist. Sie hat desshalb nicht einen ausschliesslich dinglichen Charakter, sondern es kommen dabei auch persönliche Rechte und Verpflichtungen in Betracht, welche auf den Erben übergehen. Werden aber auch lediglich die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände in Anspruch genommen und will man hienach den dinglichen Charakter der Klage in den Vordergrund stellen, so fällt dieselbe nicht unter § 25 sofern das Vermögen als Ganzes (universitas) oder ein aliquoter Theil desselben in Anspruch genommen wird. Das Vermögen als solches ist keine unbewegliche Sache. Nicht so einfach liegt die Sache, wenn es sich bei der Klage nicht um die Erbschaft als Ganzes handelt, sondern der Erbe mittelst einer Singularklage unbewegliche Sachen, die zur Erbschaft gehören, in Anspruch nimmt und seine Rechte auf dieselben Dritten gegenüber geltend macht. Aber auch hier ist die Entscheidung nicht schwer, wenn man von der Bezeichnung „hereditatis petitio", unter der nicht überall dasselbe verstanden wird, absieht und sich lediglich an die Vorschriften der C.-P.-O. hält, nach welchen nur diejenigen Klagen im dinglichen Gerichtsstand des § 25 angebracht werden müssen, bei welchen es sich um die Geltendmachung des Eigenthums an einer unbeweglichen Sache handelt. Ob eine solche Klage vorliegt ist nach dem in der Klage enthaltenen Begehren, nicht nach dessen Begründung zu entscheiden. Wenn der Kläger verlangt dass sein Eigenthum an bestimmten Grundstücken anerkannt werde, muss die Klage auch dann im dinglichen Gerichtsstand erhoben werden wenn zur Aktivlegitimation des Klägers auf dessen Eigenschaft als Erbe einer bestimmten Person Bezug genommen wird. Dagegen gehört die Klage auf Anerkennung des Erbrechts auch dann nicht hierher, wenn dieselbe dazu dienen soll, dem Kläger schliesslich den Besitz bestimmter Grundstücke zu verschaffen.[2]) In den Motiven wurde bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Gerichtsstand der belegenen Sache und dem der Erbschaft allerdings (S. 413)

[1]) V. auch O.-L.-G. Köln 9. Juli 1880, Rheinisches Archiv Bd. 71 Abth. II. S. 23 und 24.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Auflage S. 19; Seuffert S. 29; Puchelt Bd. I S. 174 ff.; von Sarwey Bem. 7 Bd. I S. 55 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 50, 51.

bemerkt: „Die Bestimmungen des hann. Entwurfs (§ 19) und der würt. Prozess-Ordnung, welche den Gerichtsstand der belegenen Sache gegenüber demjenigen der Erbschaft reservirten, seien schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs (1 S. 52) absichtlich übergangen worden, weil sich ohne Gefahr der Zersplitterung des Theilungsverfahrens die unbeweglichen Sachen, welche der Universalsuccession unterlägen, der Verfügung des Erbschaftsgerichts nicht entziehen liessen.“ Damit sollte aber wie sich auch aus den nordd Protokollen ergibt nicht gesagt werden, dass auch wirkliche Eigenthumsklagen wenn sie vom Erben angestellt werden dem dinglichen Gerichtsstand entzogen sein sollen. Vielmehr ist diese Aeusserung nur in dem Sinne aufzufassen, dass Klagen welche die Geltendmachung eines Erbrechts oder die Theilung der Erbschaft bezwecken auch soweit sie unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, unter § 28 fallen, also nicht vor den dinglichen Gerichtsstand gehören. (V. auch § 28 Bem. I 2.)

2. *Geltendmachung einer dinglichen Belastung oder der Freiheit von einer solchen.*

Der Gerichtsstand der belegenen Sache erstreckt sich insbesondere auf diejenigen Klagen, durch welche die Anerkennung oder Aberkennung einer Dienstbarkeit (sei es eine Personal- oder Realservitut) oder eines Pfandrechts verlangt wird. Bezüglich der Bedeutung des Wortes „geltend machen“ ist auf die Ausführungen in der vorigen Nr. zu verweisen. Die Klage auf Löschung einer Hypothek ist ihrer Natur nach nicht immer als eine Klage anzusehen, durch welche die „Freiheit von einer dinglichen Belastung geltend gemacht wird.“ Diese Auffassung ist dann begründet, wenn der Kläger behauptet die Hypothek bestehe nicht mehr und Feststellung dieses Nichtbestehens sowie folgeweise die Löschung der Eintragung verlangt. Ist dies nicht der Fall sondern wird nur geltend gemacht, der Beklagte habe sich vertragsmässig verpflichtet die auf einem Grundstück ruhende Hypothek zu beseitigen, so handelt es sich nicht um die Freiheit, sondern um die Befreiung von einer dinglichen Belastung. Der Gerichtsstand der belegenen Sache ist hier sowenig begründet als bei der Klage, durch welche die Uebertragung des Eigenthums oder die Bestellung einer Hypothek verlangt wird. Bei Berathung des nordd. Entwurfs wurde auch der Antrag, die Klagen auf Löschung einer Hypothek vor den dinglichen Gerichtsstand zu verweisen abgelehnt (n. Pr. I S. 45).[1])

3. *Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen.*

Während die bisher besprochenen Klagen unzweifelhaft als dingliche Klagen anzusehen sind, ist dieser Charakter bezüglich der weiter aufgeführten Klagen nicht vorhanden oder mindestens bestritten. Desshalb wurden diesselben

[1]) V. hiezu Wernz Kommentar zur bayer. C.-P.-O. S. 55 ff., sowie die dort angeführte Literatur, insbesondere das Erk. des bayer. O.-A.-G. vom 5. Juni 1858 (Bl. für Rechtsanw. Bl. 23, N F. Bd. 3) S. 266; ferner: Struckmann-Koch III. Aufl. S 18; Seuffert S. 25, 26; Puchelt Bd. I S. 170; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 51; Gaupp Bd. I S. 85. A. M. sind: Hellmann Bd. I S. 123 und von Sarwey Bd. I S. 60 ff.

bereits in den früheren Prozess-Ordnungen meist neben den dinglichen Klagen ausdrücklich erwähnt. Die Grenzscheidungsklagen gehören immer vor den dinglichen Gerichtsstand, sei es dass die Grenze wirklich bestritten ist, sei es dass die Fixirung derselben durch Grenzsteine lediglich verlangt wird um einer Unsicherheit derselben für die Zukunft vorzubeugen. Der Ausdruck „Besitzklagen“, ist im weitesten Sinne zu verstehen. In den Motiven (412) wurde bemerkt: „es seien darunter die sämmtlichen Besitzklagen mit Einschluss der interdicta adipiscendae possessionis verstanden worden.“ Will man die actio Publiciana nicht als eine Klage ansehen durch welche das Eigenthum geltend gemacht wird, so ist dieselbe jedenfalls als Besitzklage zu betrachten.

Bezüglich der Theilungsklagen könnte es als zweifelhaft erscheinen, ob dieselben auch dann vor das Gericht der belegenen Sache gehören, wenn es sich um die Theilung eines Vermögens handelt. Die Frage ist jedoch zu verneinen, da ein Vermögen nicht als unbewegliche Sache anzusehen ist und ausserdem die Absicht des Gesetzgebers in dieser Richtung in unzweideutiger Weise ausgesprochen wurde. Schon bei der Berathung des nordd. Entwurfs war die Kommission bei Feststellung des vom dinglichen Gerichtsstande handelnden § 15 darüber einig, „die Bestimmung auf die Theilung spezieller Sachen zu beschränken, die nur als einzelne, nicht als Glied eines grösseren Ganzen z. B. einer Erbschaft oder eines Societätsvermögens in Betracht kämen.“ (n. Pr. I S. 43.) Soweit es sich um Theilung eines Gesellschaftsvermögens handelt kommt § 23, sofern eine Erbschaft in Frage steht § 28 zur Anwendung.

III. Unbewegliche Sachen.

Ob eine unbewegliche Sache vorliegt, ist nach den Vorschriften des geltenden bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. [1]) Auch bezüglich unkörperlicher Sachen kann hienach der Gerichtsstand der belegenen Sache begründet sein, und ebenso können Sachen, die an sich beweglich sind als Zubehör einer unbeweglichen Sache aber deren Natur theilen, die Anwendung des § 25 rechtfertigen. Welche unbewegliche Sache den Gerichtsstand bestimmt kann, da es sich in der Regel um den Anspruch einer bestimmten Person auf ein bestimmtes Grundstück oder eine andere unbewegliche Sache handelt, nur dann zu Zweifeln Veranlassung geben, wenn das in Frage stehende Recht auch soweit es sich um die Berechtigung handelt an ein bestimmtes Grundstück geknüpft ist. Für diesen Fall bestimmt Abs. 2 des § dass die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend sei. (M. 412.) Bezüglich der possessorischen Rechtsmittel hatte die nordd. Kommission es einstimmig als selbstverständlich erklärt „dass die Lage desjenigen Grundstücks entscheidend sei, gegen welches die Störung bezw. Entsetzung verübt sei.“ (n. Pr. S. 45.)

1) In Beziehung auf den Anspruch, den ein Muther einem anderen Muther gegenüber wegen seines Rechts auf vorzugsweise Beleihung erhebt, hat das preuss. Obertribunal mehrfach entschieden, dass derselbe im dinglichen Gerichtsstand geltend gemacht werden könne, weil das geltend gemachte Recht ein dingliches und der Gegenstand desselben (das Bergwerk) eine unbewegliche Sache sei. (Entscheid. Bd. 37 S. 341 und Bd. 40 S. 277 ff.)

§ 26.

In dem dinglichen Gerichtsstand kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

(E. § 26. M. 412. K. 10.)

Im Allgemeinen erstreckt sich der Gerichtsstand der belegenen Sache nicht auf persönliche Klagen, soweit solche nicht in § 25 ausdrücklich angeführt sind. Es dürfen sonach andere Klagen, auch wenn sie mit einer unter diesen § fallenden Klage konnex sind, in der Regel nicht mit derselben verbunden werden wenn das Gericht nicht aus einem anderen Grunde auch bezüglich der persönlichen Klage zuständig ist. Vielmehr gestattet § 26 nur bezüglich einzelner Klagen, mittelst deren die dingliche Belastung einer Sache oder die Freiheit von derselben geltend gemacht wird, mit denselben wegen Konnexität bestimmte persönliche Klagen zu verbinden. Auch ist dieses Recht dessen Ausübung vom Belieben des Klägers abhängt an die Bedingung geknüpft dass die verschiedenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind. Mit der Hypothekarklage gegen einen Drittbesitzer kann also die Schuldklage nur dann verbunden werden, wenn das angegangene Gericht auch abgesehen von der Vorschrift des § 26 bezüglich derselben zuständig ist. Dass die Klagen auf Löschung einer Hypothek nicht immer vor das Gericht der belegenen Sache gehört wurde bereits bei Art. 25 (Bem. II 2) bemerkt. Kann dieselbe im allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners angebracht werden so ergibt sich daraus von selbst die Möglichkeit, mit derselben die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit zu verbinden. Bezüglich der Klage auf Anerkennung einer Reallast setzt § 26 den Kläger in die Lage, zugleich die rückständigen Leistungen zu verlangen.

§ 27.

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignuug eines Grundstücks erhoben werden.

(E. § 27. M. 413. K. 10.)

Gestattet § 26 neben einzelnen unter § 25 fallenden Klagen „Forderungen geltend zu machen welche an sich nicht vor das Gericht der belegenen

Sache gehören, so erweitert § 27 den dinglichen Gerichtsstand nach einer anderen Richtung indem er bezüglich gewisser Klagen dem Kläger das Recht gibt, sie im forum rei sitae zu erheben. Unter diesen Klagen sind die wichtigsten diejenigen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden." Durch diesen Ausdruck sollen, wie schon bei der Berathung des als Quelle anzusehenden h. E. (Hann. Prot. S. 437 ff.) ausgesprochen wurde, die actiones in rem scriptae getroffen werden, welche obgleich an sich persönlicher Natur doch gegen Jeden erhoben werden können der in ein bestimmtes Verhältniss namentlich in den Besitz einer Sache eintritt. (M. 413.) Der Antrag, den Gerichtsstand der belegenen Sache nur bei solchen Klagen eintreten zu lassen, „mit welchen der Kläger bezweckt, ein dingliches Recht an der unbeweglichen Sache zu erlangen", wurde in der J.-K. (10) abgelehnt. Ob eine Klage gegen den Eigenthümer oder Besitzer als solchen gerichtet werden kann, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Es kann aber, wenn etwa irgendwo bezüglich der actio in rem scripta eine andere Auffassung bestehen sollte, auf diese nichts ankommen. Vielmehr findet § 27 nur dann Anwendung wenn die in demselben aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Unter der Herrschaft des rheinischen Rechts können Klagen auf Nichtigerklärung oder Auflösung eines bezüglich einer unbeweglichen Sache abgeschlossenen Kaufvertrags, wenn sie nicht gegen den anderen Kontrahenten sondern gegen den dritten Besitzer gerichtet werden im dinglichen Gerichtsstand angebracht werden.

§ 28.

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlassgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlass noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlass noch nicht getheilt ist.

(E. § 28. M. 413. K. 10.)

I. Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen u. s. w. zum Gegenstande haben.

1) Durch Abs. 1 des § wird das Gericht bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand hatte als „Erbschaftsgericht"

aufgestellt, vor welchem alle Streitigkeiten welche sich auf die Regelung der Erbschaftsverhältnisse beziehen zum Austrag gebracht werden können. (M. 413.) Der Gerichtsstand der Erbschaft ist sonach eine Fortsetzung des allgemeinen Gerichtsstandes des Erblassers. Wenn dieser zur Zeit seines Todes keinen Wohnsitz hatte so geht nach § 18 der letzte bekannte Aufenthaltsort im deutschen Reiche dem letzten Wohnsitz vor. Es hat aber, wie bei § 18 bemerkt wurde, der Richter darüber zu entscheiden ob der in Frage stehende Aufenthalt solange gedauert hat dass er überhaupt einen Gerichtsstand begründen konnte.

2) Das Gesetz spricht nur von Klagen, welche Erbrechte zum Gegenstand haben. Auch wurden durch § 15 G. 3 E.-G. „die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren" ausdrücklich aufrecht erhalten, und nur soweit bei einem solchen Verfahren Streitigkeiten entstehen die Bestimmungen der C.-P.-O. für massgebend erklärt. Die Vorschrift des § 28 gilt daher nur für eigentliche Rechtsstreitigkeiten, nicht soweit es sich um die freiwillige Gerichtsbarkeit handelt. Ausserdem wird eine wirkliche, nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilende Erbschaft (Universalsuccession) vorausgesetzt. (M. S. 413.) Klagen, bei welchen es sich um Güter handelt die von der Universalsuccession ausgeschlossen sind (Lehen, Stammgüter, Familienfideikommisse, Bauerngüter) gehören nicht hierher. Wegen des Unterschieds zwischen den Klagen, durch welche das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache geltend gemacht wird, und denen welche Erbrechte zum Gegenstand haben ist die Bem. II. 1 zu § 25 zu vergleichen. Vor den Gerichtsstand der Erbschaft gehören vor Allem diejenigen Klagen, bei welchen es sich darum handelt ob der Kläger Erbe einer bestimmten Person ist. Da die Vorschriften über die Erbschaftsklage und die Auffassungen über die Natur der „hereditatis petitio" von einander abweichen, ist es gerathen von diesem Namen abzusehen und sich nur an die Sache d. h. an das gestellte Begehren zu halten. Darauf ob die Verklagten im Bezirke des Erbschaftsgerichts wohnen, kommt nichts an; es ist lediglich der Umstand entscheidend, ob der Erblasser zur Zeit seines Todes in dem betr. Gerichtsbezirke seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte.

3) Vor dem Erbschaftsgerichte können auch Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall geltend gemacht werden, sei es dass sie gegen den Erben, sei es dass sie gegen andere Personen gerichtet sind. Wo der Verklagte wohnt ist gleichgültig. Nur der Gegenstand und der Grund der Klage entscheidet.[1]) Jedoch wird immer vorausgesetzt, dass es sich bei der Klage um Geltendmachung eines derartigen Anspruchs handelt. Ist dem Vermächtnissnehmer ein bestimmtes Grundstück vermacht und wird dessen Eigenthum von einem Dritten in Anspruch genommen, der nicht das Vermächtniss selbst sondern das Eigenthumsrecht des Erblassers bestreitet, so ist nicht der Gerichtsstand der Erbschaft sondern der dingliche Gerichtsstand begründet. (V. oben Bem. 2 und Bem. II. 1 zu § 25.)

4) Auch bei Theilungsklagen wird, damit der Gerichtsstand der Erbschaft

[1]) V. auch Erk. des Reichsgerichts vom 15. Okt. 1880, Annalen Bd. II S. 575; deutsche Juristenzeitung Bd. V. S. 68.

begründet ist, vorausgesetzt dass es sich um den Nachlass als solchen, nicht um einzelne mehreren Erben gemeinschaftlich angehörende Gegenstände handelt, welche diesen in ungetheiltem Zustande zugewiesen oder von ihnen bei der Veräusserung der Erbschaftsgüter erworben wurden. (Bem. II 3 zu § 25.) Wenn jedoch die Theilung nach und nach in verschiedenen Abschnitten vorgenommen wird, so schliesst der Umstand, dass eine theilweise Auseinandersetzung (z. B. eine Vertheilung der Liegenschaften) stattgefunden hat nicht aus, dass die Klage auf Theilung des hierin nicht inbegriffenen Restnachlasses im Gerichtsstand der Erbschaft angebracht werden kann. Die Frage, ob auch die Anfechtung einer von den Erben abgeschlossenen Theilung vor das Erbschaftsgericht gehört, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes („Klagen, welche die Theilung einer Erbschaft zum Gegenstand haben") wie nach dem Geist desselben zu bejahen. Auch bei einer solchen Klage kommen die Erbrechte der einzelnen Miterben bezw. deren Ansprüche aus Vermächtnissen u. s. w. in Frage, zu deren Feststellung das „Erbschaftsgericht" berufen ist. (M. 413.) Es ist aber auch natürlich dass dasselbe Gericht das eintretenden Falles eine neue Theilung anzuordnen hat über die Gültigkeit der angefochtenen Theilung entscheidet.[1]) Bei der Feststellung des n. E. wurden allerdings die in der Vorlage enthaltenen Worte: „oder Anfechtung einer geschehenen Theilung" gestrichen. Es wurde aber mehrfach die Ansicht ausgesprochen, „dass diese Anfechtung meist unter den Begriff der Theilung (des Theilungsverfahrens) zu subsumiren sei, oder diese doch betreffe" (n. Pr. S. 51). Die Frage wurde also offen gehalten.[2])

II. Klagen der Nachlassgläubiger.

1) Während für eigentliche Erbschaftsstreitigkeiten „das Erbschaftsgericht als das naturgemäss kompetente" bezeichnet wird (M. 413) und dessen Zuständigkeit soweit es sich um derartige Klagen handelt das Vorhandensein des Nachlasses im Gerichtsbezirk nicht voraussetzt und ebensowenig auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, verhält es sich anders bezüglich der Klagen „welche den Nachlassgläubigern gegen den Erblasser oder die Erben als solche zustehen." Hier sollen die Gläubiger im Allgemeinen die Verpflichtung haben, „sofern nicht das Erbschaftsgericht aus anderen Gründen zuständig ist, dem Gerichtsstande der Erben in gleicher Weise zu folgen, wie demjenigen des Erblassers bei verändertem Domicil." (M. a. a. O.) Im Interesse der Gläubiger wurde jedoch die Zuständigkeit des Erbschaftsgerichts auf eine gewisse Zeit erstreckt und zwar „auf solange, als hiefür erhebliche Gründe vorliegen." Als solche Gründe sind im Gesetz anerkannt:

1. Der Aufenthalt des Nachlasses (oder eines Theils desselben) im Bezirk des Nachlassgerichts, — gleichviel ob nur ein Erbe vorhanden ist oder mehrere Erben existiren — weil dieser Gerichtsstand zum Schutze inländischer Nachlassgläubiger gegen ausländische Erben eines inländischen Erblassers als nothwendig erachtet wurde;

1) So ist es auch nach französischem Recht. V. Art. 822 Code civil.

2) V. auch von Sarwey Bd. I. S. 64. A. M. ist Puchelt Bd. I. S. 175.

2. das Vorhandensein mehrerer Erben bis zur erfolgten Theilung, weil man „die Rechtsverfolgung der Gläubiger nicht unbillig erschweren und sie nicht nöthigen wollte, vorab die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes für die Erben besonders zu beantragen.“ (M. 413.)

Sofern einer dieser Fälle vorliegt, können die Nachlassgläubiger vor dem Erbschaftsgerichte Klage erheben, wenn auch keiner der Erben in dessen Bezirk wohnt. Die Ansicht, dass das Vorhandensein des Nachlasses oder eines Theils desselben im Gerichtsbezirk nur dann den Gerichtsstand der Erbschaft begründet wenn nur ein Erbe vorhanden ist, lässt sich weder mit dem Wortlaut und Grund des Gesetzes noch mit den Motiven vereinigen. Vielmehr muss der Gerichtsstand der Erbschaft gegen jeden Erben zur Anwendung kommen, solange das, was ihm aus dem Nachlass zugefallen ist, sich noch ganz oder theilweise im Bezirk des Erbschaftsgerichts befindet.[1]) Dass die Gläubiger obgleich die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 noch vorliegen die Klage auch im allgemeinen Gerichtsstand der Erben erheben können, ist selbstverständlich. Haben diese ihren allgemeinen Gerichtsstand bei verschiedenen Gerichten so muss die Klage nach § 36 Z. 3 im Gerichtsstand der Erbschaft erhoben werden. Da ein besonderer Gerichtsstand, der zu Gunsten eines Gläubigers (z. B. nach § 29 oder 32) begründet ist, durch den Tod des Schuldners sowenig als durch eine von demselben vorgenommene Wohnsitzverlegung aufgehoben wird kann übrigens bei dem hienach zuständigen Gerichte auch gegen die Erben Klage erhoben werden.

2) Was „Ansprüche gegen den Erblasser“ sind, bedarf keiner Erläuterung. Unter „Ansprüchen gegen die Erben als solche“ sollen nach den Motiven (413) Ansprüche zu verstehen sein: „welche nach dem Tod des Erblassers an die ungetheilte Erbschaftsmasse z. B. durch Verträge der Erben als solcher begründet werden.“ Dieses Beispiel erscheint jedoch insofern nicht als zutreffend, als die Erben wenn sie sich vertragsmässig verpflichteten nicht als Erben, sondern kraft des Vertrags haften. Die Erben als solche haften u. A. dem negotiorum gestor gegenüber, der ihre Geschäfte geführt hat.[2])

3) Dass unter der Theilung welche das Gesetz im Auge hat nicht eine bloss thatsächliche Theilung zu verstehen ist, sondern die Gläubiger solange am Erbschaftsgerichte klagen können als nicht die zwischen den Erben bestehende Gemeinschaft vertragsmässig aufgehoben ist versteht sich von selbst. Dagegen besteht für die Erben keine Verpflichtung, mit der Theilung eine gewisse Zeit zu warten, oder die Gläubiger von deren Vornahme in Kenntniss zu setzen. Von der im n. E. (§ 60) vorgesehenen Aufrechterhaltung abweichender landesgesetzlicher Vorschriften wurde absichtlich Umgang genommen. (M. 413.) Es ist Sache der Gläubiger, ihre Rechte gegenüber einer unmittelbar nach dem Tod des Erblassers vorzunehmenden Theilung — wie gegenüber einer hastigen Beseitigung der Nachlassgegenstände — zu wahren. Immerhin wird vorausgesetzt

[1]) V. auch Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 406 ff.; von Bülow S. 14; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 21. A. M. sind Endemann Bd. I S. 274 und Gaupp. Bd. I S. 95 ff.

[2]) V. Fitting im Archiv für civilist. Praxis Bd. 61 S. 406 ff.; von Bülow S. 14.

dass die Theilung den Gläubigern gegenüber als gültig und wirksam anzusehen ist, und kann daher im Gebiet des rheinischen Rechts eine Theilung, welche ungeachtet des von einem Gläubiger (gemäss Art. 882 Code civil) erhobenen Einspruchs ohne Zuziehung desselben erfolgt ist, diesem nicht entgegengehalten werden. Dass die Theilung auch thatsächlich durchgeführt wurde, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass ein rechtsgültiger Theilungsakt vorliegt. [1])

§ 29.

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

(E. § 29. M. 413 u. 414. K. 10 u. 11.)

1) Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gilt für alle Klagen aus Verträgen. Vorangestellt wurde die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags. (§ 231.) Die Zuständigkeit für Klagen auf Aufhebung eines Vertrags wurde besonders mit Rücksicht auf Art. 1184 C. c. anerkannt. Auf Klagen aus einem Quasikontrakt erstreckt sich die Vorschrift des § 29 nicht. [2]) Mit der Klage auf Aufhebung des Vertrags darf zugleich die Rückforderung der vom Kläger bewirkten Leistung verbunden werden. [3])

2) Im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Praxis und zum preussischen Recht hatte schon der Entwurf bei § 29 (wie bei § 30) auf die Forderung verzichtet: „dass der Beklagte im Bezirk des Gerichts anzutreffen sei oder dort Vermögen besitze." (M. 413.) Auch wurde eine derartige Beschränkung von der J.-K. bezüglich des § 29 nicht angenommen, während dies bei § 30 geschah. Es kommt also darauf, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, nicht an. Andererseits hielt man es, von der Voraussetzung ausgehend: „dass es keinen Fall gebe, in welchem die aushülfsweise Erwähnung des Vertragsortes an Stelle des Erfüllungsortes nöthig wäre, dass vielmehr für jeden Fall ein Erfüllungsort bestimmt sei," für unnöthig, den Ort des Vertragsabschlusses alternativ oder subsidiarisch für massgebend zu erklären. Vielmehr kommt regelmässig nur der Erfüllungsort in Frage, und muss derselbe, wenn die Zuständigkeit des Gerichtes auf § 29 gestützt wird, immer ermittelt und festgestellt werden. Darauf, ob der Vertrag an einem bestimmten Orte „nach ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Parteien oder nach der Natur der Sache oder nach gesetzlicher Bestimmung" zu erfüllen ist, kommt nichts an. (M. a. a. O.) Auch ist der in Frage stehende Gerichtsstand selbst dann begründet, wenn die Vertragserfüllung in dem betr. Gerichtsbezirke nur theilweise geschehen kann. Da es lediglich auf den Er-

[1]) So auch Gaupp Bd. I S. 96. A. M. ist Kleiner Bd. I S. 198.

[2]) V. auch R.-G. 12. Okt. 1880, Entsch. Bd. II S. 408 ff. insbes. S. 411.

[3]) V. R.-G. 15. Febr. 1881, jur. Wochenschrift J. 1881 S. 49.

füllungsort als solchen ankommt, der im Augenblick der Vertragsschliessung bestimmt sein muss, behält derselbe seine Bedeutung für den Gerichtsstand auch dann, wenn der allgemeine Gerichtsstand des Schuldners durch Wohnsitzveränderung eine Aenderung erfährt oder dieser stirbt ehe die Erfüllung stattgefunden hat. Nur wenn ausbedungen wäre, dass derselbe an seinem jeweiligen Wohnort zu erfüllen habe, würde die Wohnsitzverlegung auch eine Veränderung des Gerichtsstands nach sich ziehen.

3) Bei zweiseitigen Verträgen kann der Erfüllungsort bezüglich der einzelnen Verbindlichkeiten ein verschiedener sein. Dass es nicht immer darauf ankommt, an welchem Ort der Beklagte zu erfüllen hat sondern auch eine vom Kläger zu erfüllende Verbindlichkeit den Gerichtsstand bestimmen kann, geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, das von der „streitigen Verbindlichkeit" spricht. Durch die Entstehungsgeschichte des § wird dies ausser allen Zweifel gestellt. Im Entwurf war das Gericht des Ortes als zuständig erklärt: „wo der Vertrag vom Beklagten zu erfüllen ist." Auf Antrag von Bähr der hervorhob, „dass es auch vorkomme, dass derjenige der den Vertrag zu erfüllen habe Kläger sei namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrags geklagt werde," wurden die Worte „von dem Beklagten" gestrichen und durch die Redaktionskommission die jetzige Fassung angenommen. (K. 11.)

4) An welchem Orte die den Gerichtsstand bestimmende Verbindlichkeit zu erfüllen ist muss nach den Vorschriften des materiellen Rechts entschieden werden. Für Wechselsachen ist durch § 566 ein besonderer Gerichtsstand angeordnet. Bezüglich der übrigen Handelssachen sind die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (Art. 324, 325, 342 ff.) massgebend. Der Ort, an welchen die Waare dem Käufer zu übersenden ist (Ablieferungsort), ist vom Erfüllungsort zu unterscheiden. (V. die Urtheile des R.-O.-H.-G. vom 7. Nov. 1871 und 16. April 1872 Entsch. Bd. III S. 392 und Bd. V S. 394 ff.) Soweit es sich um Geldzahlungen handelt, ist nicht der Wohnort des Gläubigers (nach Art. 325 Abs. I H.-G.-B.), sondern der Wohnort des Schuldners (nach Art. 324) als Erfüllungsort anzusehen. Art. 325 Abs. 2 H.-G.-B. der eine materiell-rechtliche, nicht eine prozessualische Vorschrift enthält ist auch heute noch massgebend. [1])

§ 30.

Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen

[1]) V. auch Erk. des Reichsgerichts vom 26. Mai und 27. Okt. 1880 Entscheid. Bd. I S. 438 ff. und Bd. II S. 121—123. A. M. sind Wilmowski-Levy, welche die Ansicht vertreten, § 325 Abs. 2 H.-G.-B. sei durch § 29 C.-P.-O. modifizirt. Von den von Wilmowski und Levy citirten Kommentatoren Puchelt, Seuffert und Kleiner theilt keiner deren Ansicht. In deren Sinne wurde aber entschieden vom O.-L.-G. Nürnberg am 25. Febr. 1880 (Busch's Zeitschrift für Civilprozess Bd. III S. 149 ff.) und vom Berliner Kammergericht am 2. Nov. 1880 (deutsche Juristenzeitung Bd. V. S. 68 ff.) Bei der letzteren Entscheid. handelt es sich jedoch, wie es scheint nicht um die Vorschriften des d. H.-G.-B., sondern um die des A. L.-R.

Handelsgeschäften (Mess- und Marktsachen) ist das Gericht des Mess- oder Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozessführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.

(E. § 30. M. 414. K. 11.)

1) Der Gerichtsstand des § 30 wurde in den nordd. Entw. aufgenommen weil ein besonderer Gerichtsstand nöthig sei, „um eine richtige Würdigung der Usancen des Messorts und die nothwendige Beschleunigung des Verfahrens sicherzustellen.“ Aus dem n. E. ist derselbe in die C.-P.-O. übergegangen. Der Begriff der Mess- und Marktsachen soll nach den Motiven (414) „durch den Ausschluss der in das Gebiet des Kleinverkehrs fallenden Jahr- und Wochenmärkte präcisirt werden.“ Bei Berathung des G.-V.-G. bemerkte von Amsberg: „es handle sich in § 30 C.-P.-O. nicht um kleine, sondern nur um grosse Märkte, welche an Verkehrscentren Leipzig, Berlin, Braunschweig, Frankfurt a. O. stattfänden.“ Für die Beschleunigung des Verfahrens ist durch die §§ 234 u. 459, C.-P.-O. sowie durch § 203 Nr. 3 G.-V.-G. gesorgt.

2) Die norddeutsche Prozesskommission war darüber einig: „dass es nicht in Betracht komme, ob die Partei den Vertrag in Person abgeschlossen habe, und ob die Messe bereits ein- und ausgeläutet gewesen sei, wenn dieselbe nur nach dem Sprachgebrauch des Verkehrs bereits bestanden habe.“ Die Worte: „auf Messen oder Märkten“ sollen die Geschäfte ausschliessen, „welche zwar während der Messe aber nicht im Messverkehr geschlossen worden sind.“ (n. Pr. S. 2289 u. 2290.) Da vorausgesetzt wird, dass sich zur Zeit der Erhebung der Klage der Beklagte oder ein zur Prozessführung berechtigter Vertreter desselben im Gerichtsbezirk aufhält, muss dieser Aufenthalt nöthigenfalls vom Kläger nachgewiesen werden. Ob ein Vertreter „zur Prozessführung berechtigt“ ist, richtet sich nach dem Inhalt der Vollmacht. Prokuristen haben diese Berechtigung nach Art. 42 H.-G.-B., Handelsbevollmächtigte nach Art. 47 dieses G.-B. nur dann, wenn eine besondere Vollmacht ihnen diese Befugniss einräumt.

§ 31.

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Vewaltung geführt ist.

(E. § 31. M. 414. K. 11.)

1) Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung findet nur auf die Klagen des Geschäftsherrn und Verwalters aus der geführten Vermögensverwal-

tung (actio directa und contraria) Anwendung, nicht auf Klagen dritter Personen, welche sich auf die Verwaltung beziehen oder in derselben ihren Grund haben.

2) Dass unter Vermögensverwaltung im Sinne des Gesetzes „nicht bloss die vertragsmässige sondern auch auf die auf gesetzlichem Grunde beruhende z. B. die Vormundschaft“ zu verstehen ist, erhellt aus der allgemeinen Fassung des §, wurde aber auch in der J.-K. durch von Amsberg bestätigt. (K.: 11.) Die im n. E. (§ 63) enthaltene Bestimmung, nach welcher für eine von einer obrigkeitlichen Behörde geleitete oder beaufsichtigte Verwaltung der Sitz der Behörde entscheidend sein sollte, wurde als „entbehrlich und zu Inkonvenienzen und Belästigungen des Klägers führend“ nicht aufgenommen. (M.: 414.)

3) Der Ort der Verwaltung ist nicht derjenige Ort an dem sich zufällig ein Vermögensobjekt befindet, sondern der Ort wo der Sitz einer selbständigen Verwaltung ist. (K. 11.) Es kommt auch hier hauptsächlich darauf an, von welchem Ort aus die Verwaltung geführt wird bezw. wo sich die Räumlichkeiten befinden, in denen die Verwaltungshandlungen vorgenommen werden, die Korrespondenz geführt wird u. s. w. In der Regel wird, namentlich bei kleineren Verwaltungen, der Ort der Verwaltung mit dem Wohnort des Verwalters zusammenfallen; es muss dies aber nicht immer der Fall sein.

§ 32.

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

(E. § 32. M. 414. K. 11.)

1) Auch bei dem Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (forum delicti commissi) kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte sich im Gerichtsbezirk aufhält oder dort Vermögen besitzt, sondern nur darauf, ob die in Frage stehende Handlung im Gerichtsbezirk begangen wurde. Ein Antrag von Bähr, welcher den Zweck hatte, die genannten Voraussetzungen in das Gesetz einzufügen, wurde von der J.-K. (11) abgelehnt. Wegen der in der ersten Auflage erörterten Frage an welchem Orte die unerlaubte That begangen wurde ist, da dieselbe vorzugsweise im Strafprozess zur Sprache kommt, auf Keller's Kommentar zur St.-P.-O. (II. Aufl. S. 8 ff.) zu verweisen.

2) Dass die Handlung eine strafbare sei, wird nicht vorausgesetzt. In den Motiven (414) wurde hervorgehoben: „der Begriff „„unerlaubte Handlungen““ umfasse auch die Fälle des civilrechtlichen Verschuldens, insbesondere die Fälle, in denen die gemeinrechtliche actio legis Aquiliae begründet sei.“ Auch muss diese Auffassung als die aller gesetzgebender Faktoren angesehen werden. Immerhin wird eine Handlung (im weiteren Sinne des Worts, also auch Unterlassung) vorausgesetzt, welche nach dem geltenden Recht an sich als widerrechtlich erscheint. Eine blosse Zuwiderhandlung gegen vertragsmässige Bestimmungen begründet den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht. Die Klage auf Herausgabe der durch bewusste widerrechtliche Aneignung entstandenen Bereicherung (condictio furtiva) gehört hierher. [1]) Wegen der Vermögensansprüche gegen Reichs-

[1]) V. auch R.-G. 12. Okt. 1880, Entscheid. Bd. II S. 408 ff., insbes. S. 411 ff.

beamte enthält § 154 R.-B.-G. vom 31. März 1873 noch eine besondere Bestimmung.

3) Wenn eine „unerlaubte Handlung“ vom Kläger behauptet wird, muss § 32 Anwendung finden. Es kommt nicht darauf an, ob das Verschulden vom Kläger nachgewiesen werden muss, oder ob unter gewissen Umständen das Verschulden gesetzlich vermuthet wird. Dagegen ist der Gerichtsstand nicht begründet, wenn der Beklagte lediglich kraft Gesetzes haftet, ohne dass ein Verschulden desselben vorausgesetzt wird. Als eine solche Verhaftung, welche auf dem Gesetze beruht, ist die Schadenersatzpflicht anzusehen welche nach § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 (R.-G.-Bl. S. 207) die Unternehmer einer Eisenbahn trifft, während die Entschädigungsforderungen die nach § 2 dieses Gesetzes geltend gemacht werden da dieser ein Verschulden bestimmter Personen voraussetzt im Gerichtsstand des § 32 geltend gemacht werden können.

4) Ob die Klage gegen denjenigen der die unerlaubte Handlung vorgenommen hat, oder gegen eine Person angestellt wird welche für ihn verantwortlich ist und desshalb für die Folgen von dessen Handlung haftbar gemacht wird ist einerlei. Auch im letzteren Falle liegt eine Klage „aus einer unerlaubten Handlung“ vor. Es können also im Gebiet des rheinischen Rechts Klagen, die sich auf Art. 1384 Code civil gründen, bei dem Gerichte des Ortes an dem die unerlaubte Handlung begangen wurde angebracht werden. Ist die in Frage stehende Handlung zugleich eine strafbare, so kommt es nicht darauf an ob wegen derselben eine Untersuchung eingeleitet wurde; ein darauf abzielender Antrag wurde von der J.-K. (11) abgelehnt. Auch wenn die Untersuchung mit Einstellung des Verfahrens oder mit Freisprechung endigte, kann der Gerichtsstand des § 31 angerufen werden.

5) Bezüglich der Frage ob auch Klagen wegen ausserehelicher Schwängerung vor den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gehören, wurde in den Motiven (414) bemerkt, „dass das in Preussen bestehende besondere forum für Klagen dieser Art (s. Ges. vom 24. April 1854) nicht übernommen sei, die Frage des Gerichtsstandes vielmehr durch die civilrechtliche Beurtheilung dieses Klagegrundes entschieden werde.“ Es ist also für die alte Streitfrage über die rechtliche Natur der Alimentationsklage wegen ausserehelichen Beischlafs Raum geblieben. Ob die im Namen des Kindes gegen den ausserehelichen Vater bezw. Konkumbenten gerichtete Klage als Deliktsklage angesehen werden kann, ist gemeinrechtlich bestritten. [1]) Die Entschädigungsklage, welche die Geschwängerte in eigenem Namen wegen Verführung oder sogen. Defloration erhebt, ist als Klage aus einer unerlaubten Handlung zu betrachten.

§ 33.

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der

[1]) V. über den Stand der Streitfrage: Windscheid Pandekten Bd. II § 475 S. 723; Vangerow I § 260 S. 404 u. ff. In Bayern hält der oberste Gerichtshof am Deliktsstandpunkt fest. V. Paul Roth bayer. Civilrecht I § 83 S. 462.

Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

(E. § 33. M. 414. K. 12, 54, 55, 61 u. 508.)

I. Zulässigkeit der Widerklage.

Der Beklagte hat unter gewissen Voraussetzungen das Recht, Gegenansprüche in demselben Prozess klageweise geltend zu machen oder Widerklage zu erheben. Durch § 33 wird nicht bloss ein besonderer Gerichtsstand der Widerklage geschaffen. Vielmehr werden durch denselben die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage auch für diejenigen Fälle geregelt, in welchen das Gericht hinsichtlich derselben ohnedies zuständig ist.[1] Bezüglich der Form und Zeit der Geltendmachung der Widerklage sind die §§ 251—254 massgebend. Ist eine Widerklage nach dem Gesetz unzulässig so muss das Gericht wenn bei Anstellung derselben nicht die Vorschriften der §§ 230 ff. beobachtet wurden, da die C.-P.-O. einen Konventionalprozess nicht kennt, die Widerklage zurückweisen und ist der Widerkläger genöthigt seine Klage in gesetzlicher Form anzubringen. Wurden die bez. der Klage bestehenden Vorschriften bei Erhebung der Widerklage beobachtet so ist dagegen wenn das Gericht bezüglich derselben zuständig ist lediglich die Trennung der Verhandlungen anzuordnen, da nur eine unstatthafte Verbindung vorliegt. Unstatthaft ist die Widerklage im Urkunden- und Wechselprozess (§ 558) und im Entmündigungsverfahren (§§ 608, 620, 624, 626). Beschränkt ist deren Zulässigkeit im Eheprozess. (§§ 575 und 587.) In der Berufungsinstanz können Widerklagen nach § 491 nicht erhoben werden. (Bem. III. 2 zu §§ 489 ff.) Besonders geregelt ist die Widerklage auf Feststellung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses (§ 253).

II. Erforderniss des Zusammenhangs.

Nach dem Entwurf, der sich an den hannöv. Entwurf anlehnte, sollte die Widerklage nur dann statthaft sein: „wenn der Gegenanspruch auch als Ein-

[1]) Schon bei Berathung des hann. Entw. wurde hervorgehoben, die Bestimmungen über die Zulässigkeit der Widerklage gehören nicht in den Abschnitt über die Zuständigkeit der Gerichte sondern in den Abschnitt, in welchem von der Widerklage überhaupt gehandelt werde. Der Antrag die betr. Bestimmungen vorbehaltlich der Aufnahme besonderer Vorschriften am geeigneten Orte zu streichen wurde aber abgelehnt, nachdem bemerkt worden war: „die Fragen wegen der Zuständigkeit und Zulässigkeit der Widerklage stünden in so engem Zusammenhang, dass sie nicht getrennt werden könnten; auch werde die Frage: ob die Widerklage ohne Rücksicht auf rechtl. Zusammenhang zulässig sei, in allen neueren Prozess-Ordnungen im Abschnitt von den Gerichtsständen behandelt.“ (Hann. Prot. S. 505 u. ff.)

rede geltend gemacht werden kann, oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch in rechtlichem Zusammenhang steht." Es sollte hienach dieselbe unter zwei Voraussetzungen zulässig sein, nämlich wenn „entweder Konnexität besteht oder es sich um einen Anspruch handelt, der auf dem Weg der Einrede geltend gemacht werden kann." (M. 414.) Diese Fassung erleichterte die Erhebung der Widerklage gegenüber dem § 30 des preuss. Entwurfs, nach welchem unter allen Umständen Konnexität verlangt wurde. In der J.-K. wurden die Anträge nach welchen die Widerklage auf den Fall der Konnexität beschränkt werden sollte abgelehnt. Sodann wurde aber auf Antrag von Bähr die jetzige Fassung beschlossen. (K. 12, 55, 108.) Vom Antragsteller Bähr wurde (K. 12) ausgesprochen, er glaube, dass sein Antrag dem Sinne des Entwurfs entspreche, und nur eine Klarstellung desselben herbeiführe. Dieser Ausspruch erscheint aber nicht als zutreffend. Vielmehr ergibt die jetzige Fassung wesentliche Abweichungen von der des Entwurfs. Soweit es sich um den Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch und dem in der Klage geltend gemachten Anspruch handelt ist es nicht erforderlich, dass dieser ein „rechtlicher" ist, sondern es genügt jeder, auch ein rein thatsächlicher Zusammenhang. Soweit der Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch und den Vertheidigungsmitteln des Beklagten in Frage steht, wird vorausgesetzt, dass von den betr. Vertheidigungsmitteln auch wirklich Gebrauch gemacht worden ist. Während es nach dem Entwurf genügte, dass eine Gegenforderung mittels der Einrede der Kompensation geltend gemacht werden konnte um wegen derselben Widerklage zu erheben, muss nach der jetzigen Fassung die Forderung auf dem Wege der Einrede als Vertheidigungsmittel benützt werden wenn eine Widerklage zulässig sein soll. Ob die betr. Einrede begründet ist, kommt nicht in Betracht. Dagegen ist wenn ein Anspruch an sich gar nicht geeignet ist auf dem Weg der Einrede geltend gemacht zu werden und sonach die thatsächlich vorgebrachte Einrede z. B. die Einrede der Kompensation als unzulässig erscheint, auch die Widerklage als unstatthaft anzusehen. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nach welcher auf keiner Seite die Absicht bestand an der Auffassung des Entwurfs, die schon in der hannov. Prozesskommission massgebend war, etwas zu ändern. Wollte man anders verfahren, so könnte der Beklagte die im Gesetze gewollten Beschränkungen regelmässig beseitigen, indem er wegen eines zur Kompensation absolut nicht geeigneten Anspruchs die Kompensationseinrede geltend macht und dann Widerklage erhebt. [1])

III. Von wem und gegen wen kann Widerklage erhoben werden?

Dass das Recht der Widerklage lediglich dem Beklagten zusteht ergibt sich aus dem Begriff dieser Klage, der hier als bekannt vorausgesetzt wird. Wenn auch nicht ausdrücklich gesagt ist, dass „Widerklage gegen Widerklage nicht stattfindet" so ist doch ein vom Kläger nachträglich gestelltes Begehren, auch

1) V. auch Bem. 4 zu § 5; Wernz zu Art. 31 der bayer. Pr.-O.; Siebenhaar S. 72; Puchelt Bd. I S. 186; Seuffert S. 33; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 56 u. 57; von Sarwey ebendas. Bd. I S. 74. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 24; Gaupp Bd. I S. 108 und anscheinend auch Endemann Bd. I S. 241.

wenn es lediglich durch die Widerklage veranlasst wurde und mit derselben in innerem Zusammenhang steht, nicht als Widerklage zu betrachten sondern nach den Grundsätzen über Klagerweiterung und Klagänderung bezw. über die Incidentfeststellungsklage (§ 253) zu beurtheilen. Der Beklagte kann nicht bloss gegen den Hauptkläger sondern auch gegen den Hauptintervenienten, der ihm mit einem selbständigen Antrage entgegentritt und desshalb ihm gegenüber als Kläger zu betrachten ist, Widerklage erheben. Dagegen ist eine solche nicht zulässig gegen Personen die sich in anderer Eigenschaft z. B. als Mitbeklagte oder Nebenintervenienten im Prozess befinden, auch wenn dieselben thatsächlich auf der Seite des Gegners stehen oder denselben unterstützen.

IV. Wirkungen der Widerklage. Effectus prorogationis et simultanei processus.

Durch eine zulässige Widerklage wird die Zuständigkeit des Gerichts der Klage hinsichtlich des mit der Widerklage geltend gemachten Gegenanspruchs begründet und zwar gilt dies im Allgemeinen für die sachliche, wie für die örtliche Zuständigkeit. In erster Beziehung besteht jedoch ein Unterschied zwischen den Prozessen vor dem Landgericht und denen vor dem Amtsgericht. Das Landgericht hat stets über die Widerklage zu entscheiden wenn seine sachliche Zuständigkeit durch Vereinbarung begründet werden könnte, das Amtsgericht muss wenn es beantragt wird beide Klagen vor das Landgericht verweisen, falls die Widerklage vor dasselbe gehört. (§ 467.) Könnte die Zuständigkeit des Gerichts bezüglich der Widerklage auch durch Vereinbarung nicht begründet werden (§ 40 Abs. 2), so muss das Gericht seine Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen und zwar muss dies auch in den Fällen der §§ 253 und 467 geschehen. (V. die Bem. zu diesem §.) Ist die Widerklage zulässig und ist durch dieselbe die Zuständigkeit des Gerichts begründet worden oder vorher schon vorhanden gewesen so hat der Beklagte einen Anspruch darauf, dass über die Widerklage und die Hauptklage gleichzeitig verhandelt werde. Das Gericht kann jedoch Theilurtheile erlassen (§§ 273 und 274) und wenn zwischen der Hauptforderung und der Gegenforderung ein r e c h t l i c h e r Zusammenhang nicht besteht verordnen, dass über die Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werde. (§ 136 Abs. 2.) Im Uebrigen ist hinsichtlich der Widerklage noch auf die §§ 5, 77, 137, 251 ff., 293 und 312 zu verweisen.

§ 34.

Für Klagen der Prozessbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

(E. § 34. M. 414 ff. K. 12 u. 508.)

1) Der Gesetzgeber hat es vermieden, „in allgemeiner Weise einen Gerichtsstand der Konnexität aufzustellen und das Gericht der Hauptsache ohne Unter-

schied für die im Lauf des Hauptprozesses hervortretenden Nebensachen für zuständig zu erklären." (M.: 415.) Vielmehr war nur in einzelnen Fällen der materielle Zusammenhang der Sachen für die Festsetzung des Gerichtsstandes massgebend. (V. §§ 61, 126, 253, 352, 547, 690 und 765.) Einen solchen Fall regelt auch § 34, durch welchen zugleich den darin bezeichneten Personen insbesondere den Rechtsanwälten die Beitreibung ihrer Forderungen gegen die von ihnen vertretenen Parteien erleichtert werden soll. Dieser § ordnet übrigens, da auch Forderungen, die an sich vor das Amtsgericht gehören, vor dem Landgerichte eingeklagt werden können, nicht bloss den Gerichtsstand sondern greift auch in die sachliche Zuständigkeit ein. Wurde ein Prozess vor der Kammer für Handelssachen verhandelt, so ist die auf Grund des § erfolgende Klage vor diese zu bringen.[1])

2) Ob auch Ansprüche welche den Parteien gegen ihre Prozessbevollmächtigten etc. wegen zuviel bezahlter Gebühren und Auslagen bezw. Herausgabe des durch diese nicht erschöpften Vorschusses zustehen vor das Gericht des Hauptprozesses gebracht werden können, erscheint als zweifelhaft da der Grund des Gesetzes (der materielle Zusammenhang der Sachen) auch hier zutrifft. (s. Anm. 1.) Da aber das Gesetz nur von Klagen der Prozessbevollmächtigten u. s. w. spricht und dieser Zusammenhang nur wo es ausdrücklich vorgeschrieben ist einen besondern Gerichtsstand begründen soll, muss die Frage verneint werden.[2]) Dass die unter § 34 fallenden Klagen auch vor andere Gerichte gebracht werden können, ist da kein ausschliesslicher Gerichtsstand vorliegt, selbstverständlich.

3) Unter dem Gericht des Hauptprozesses ist das Gericht zu verstehen, vor welchem der in Frage stehende Rechtsstreit im ersten Rechtszuge verhandelt wurde. Es können desshalb die in späteren Rechtszügen (durch den Gebrauch von Rechtsmitteln) entstandenen Forderungen wegen Gebühren und Auslagen nur vor diesem Gerichte, nicht etwa vor dem höheren Gerichte eingeklagt werden. (M. 414; K. 508.) Bei dem Gerichte erster Instanz erfolgt übrigens auch die Festsetzung der Prozesskosten, welche der einen Partei von der anderen zu erstatten sind. (§ 98.)

§ 35.

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

(E. § 35. M. 415. K. 12.)

Da das Gesetz bezüglich der meisten Gerichtsstände nur die Vorschrift enthält, dass bei den betr. Gerichten bestimmte Klagen erhoben werden können

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 2; Seuffert S. 35; Puchelt Bd. I S. 188; Endemann Bd. I S. 283; von Sarwey Bd. I S. 76. A. M ist Hellmann Bd. I S. 153.

[2]) V. auch von Sarwey Bd. I S. 76; Kleiner Bd. I S. 221. A. M. ist Siebenhaar S. 76.

und nur ausnahmsweise angeordnet ist, dass eine Klage vor einem bestimmten (ausschliesslich zuständigen) Gerichte erhoben werden muss, versteht es sich von selbst, dass dem Kläger die Wahl zwischen mehreren zuständigen Gerichten zusteht. Durch § 35 wird also nur ein Satz ausdrücklich ausgesprochen, der ohnedies aus den gesetzlichen Vorschriften abgeleitet werden müsste. Dieser Satz gilt natürlich nur für diejenigen Klagen, für welche kein ausschliesslicher Gerichtsstand vorgeschrieben ist. Ist ein solcher vorgesehen, so ist nur ein Gericht zuständig. Auch ist der Kläger wenn er sein Wahlrecht einmal durch Erhebung der Klage ausgeübt hat an die getroffene Wahl insofern gebunden, als er solange der anhängig gemachte Rechtsstreit schwebt die Klage (nach § 235) nicht bei einem anderen Gerichte anbringen kann. Bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung kann er jedoch unter der Verpflichtung die Kosten zu tragen die Klage zurücknehmen (§ 243).

§ 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

1. wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;
2. wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiss ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;
3. wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;
4. wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;
5. wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;
6. wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

(E. § 36. M. 415. K. 12 u. 508.)

1) Da der Kläger (nach § 35) zwischen verschiedenen zuständigen Gerichten wählen darf sind Streitigkeiten über die Zuständigkeit selten zu erwarten zumal es die Vorsicht dem Kläger gebietet, sich an dasjenige Gericht zu wenden dessen Zuständigkeit ausser Zweifel steht. Immerhin sind solche Streitigkeiten nicht vollständig ausgeschlossen. Auch kommt es vor, dass bezüglich gewisser Klagen kein Gericht hinsichtlich des ganzen Streitgegenstandes oder aller geltend gemachten Ansprüche zuständig ist. Mit Rücksicht darauf wie auf den Umstand, dass das zuständige Gericht verhindert sein kann, gibt § 36 ein Mittel an die Hand durch Anrufung des höheren Gerichts das zuständige Gericht feststellen zu lassen. Gehören in den Fällen der Nr. 2—6 die verschiedenen Gerichte zu den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte, so hat das Reichsgericht zu entscheiden sofern nicht ein oberstes Landesgericht besteht, unter welchem die verschiedenen Gerichte stehen. Die Feststellung kann erfolgen, ehe die Klage anhängig gemacht wird. Es kann aber die Entscheidung auch bezüglich des Gerichts nöthig werden, das über ein Rechtsmittel zu entscheiden hat. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt übrigens in verschiedener Weise. Im Falle der Nr. 1 wird an Stelle eines verhinderten Gerichts ein anderes für zuständig erklärt; in den Fällen der Nr. 2—4 ist das höhere Gericht an die Wahl zwischen bestimmten Gerichten gebunden; in den Fällen der Nr. 5 und 6 entscheidet dasselbe nur, ob und welches von mehreren Gerichten wirklich zuständig ist.

2) (Zu Z. 1.) Die Bezeichnung eines Gerichts, das einen bestimmten Rechtsstreit zu entscheiden hat, ist unbedingt nothwendig wenn bezüglich desselben nur ein einziges Gericht zuständig und dieses rechtlich oder thatsächlich verhindert ist, die Entscheidung zu übernehmen. Ob eine rechtliche Verhinderung vorliegt, ist nach §§ 41 ff. zu beurtheilen. Als Beispiel einer thatsächlichen Verhinderung wird in den Motiven der Fall des § 222 angeführt. Hinsichtlich der rechtlichen wie der thatsächlichen Verhinderung ist zu bemerken, dass wenn diese in der Verhinderung einzelner Mitglieder des Gerichts ihren Grund hat das Gericht nur dann als verhindert gelten kann, wenn das Gericht beschlussunfähig ist obgleich die gesetzlich aufgestellten Stellvertreter beigezogen wurden. Insbesondere gilt dies auch vom Amtsgerichte, das nur dann als verhindert angesehen werden kann wenn keiner der Amtsrichter bezw. Stellvertreter in der Lage ist in der Sache zu entscheiden. [1]) Im Falle der Nr. 1 wie in den andern Fällen kann übrigens das höhere Gericht nur ein solches Gericht bezeichnen, das zu seinem Bezirke gehört. Dass noch mehrere Gerichte zuständig sind, schliesst die Ersetzung eines verhinderten Gerichtes nicht aus. Wenn der Gerichtsstand des Erfüllungsortes in Strassburg begründet und das dortige Gericht verhindert ist kann der Kläger hienach verlangen, dass ein anderes Gericht bestimmt wird und braucht

[1]) Schon bei Berathung des hann. Entw. wurde der Satz aufgestellt: „sobald ein Stellvertreter vorhanden sei, könne man nicht sagen, dass das Gericht behindert sei.“ (H. Pr. S. 612.) V. auch Seuffert S. 45 Bem. 2; von Sarwey § 36 Bem. 3 Bd. I S. 78; Gaupp ebendas. Bem. III Bd. I S. 117. A. M. ist soweit es sich um die Amtsgerichte handelt Puchelt § 36 Bem. 5 Bd. I S. 193.

nicht etwa in Berlin zu klagen wenn der Beklagte dort seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. [1])

3) (Zu Z. 2.) Die Vorschrift des § 36 kommt ferner zur Anwendung, wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke als zweifelhaft erscheint, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig ist. Diese Anwendung tritt nicht bloss in dem Falle ein, in welchem „in Folge eines Streites über die Grenzen verschiedener Gerichte" die Zuständigkeit zweifelhaft ist, sondern auch wenn dies mit Rücksicht auf Umstände der Fall ist die zu den Grenzen in Beziehung stehen, z. B. wenn die Grenze das Wohnhaus des Beklagten durchschneidet, die Verwaltung einer Gemeinde sowohl vom Gemeindehaus als von der Wohnung des Bürgermeisters aus geführt wird und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. (M. 415.) In den Motiven wurde noch hervorgehoben, „durch Z. 2 solle auch der Fall gedeckt werden, wenn eine unerlaubte Handlung sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetze." Dass für die Klage noch ein anderer Gerichtsstand besteht in dem der Kläger klagen kann, schliesst die Anwendung der Nr. 2 nicht aus.

4) (Zu Z. 3) Wenn die Klage sich gegen mehrere Personen richtet, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken ihren allgemeinen Gerichtsstaud haben-so muss, wenn der Klager nicht zur Anstellung mehrerer Klagen genöthigt sein, soll, da keines der verschiedenen Gerichte bezüglich aller Beklagten zuständig ist, ein Gericht mit der Entscheidung der Sache befasst werden, das an sich, nach dem System der Prozess-Ordnung nur theilweise zuständig wäre. Die Wahl dieses Gerichts wollte der Gesetzgeber nicht dem Kläger überlassen, sondern es soll die Bestimmung desselben durch das höhere Gericht erfolgen, welches aber nur ein solches Gericht bezeichnen kann, das bezüglich eines Beklagten zuständig ist. Bezüglich der Frage ob die Klage gegen die verschiedenen Beklagten gerichtet werden kann bezw. eine subjektive Klagehäufung gestattet ist, sind die §§ 56 und 57 massgebend. (V. Bem. zu diesen §§.) Die Anwendung des § ist dadurch bedingt, dass kein Gericht existirt das bezüglich aller Beklagten zuständig ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird nur vorausgesetzt, dass die Beklagten keinen gemeinschaftlichen allgemeinen Gerichtsstand haben und ebenso kein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand besteht. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass die Fassung zu eng und die Anwendung der fraglichen Bestimmung auch dann ausgeschlossen ist wenn bei einem und demselben Gericht für einen Theil der Beklagten der allgemeine, für die anderen ein besonderer Gerichtsstand begründet ist also ein Gericht existirt, vor welchem alle Beklagten belangt werden können. Bei Berathung des n. E. nahm die Kommission an, „dass die Bestimmung eines ausserordentlichen Gerichsstandes nur dann eintreten solle, wenn ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand für die Beklagten weder als allgemeiner noch als besonderer begründet sei." (n. Pr. S. 66.)[2])

[1]) V. von Sarwey Bd. I S. 78, der die entgegengesetzte früher vom Verfasser aufgestellte Ansicht mit Recht bekämpft hat; f. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 59.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 27 und von Sarwey § 36 Bem. 7

5) (Zu Z. 4.) In dem in Z. 4 vorausgesetzten Falle besteht ein ähnliches Verhältniss wie bei Z. 3. Es ist keines der in Frage stehenden Gerichte bezüglich des ganzen Streitgegenstands zuständig und muss desshalb das zuständige Gericht erst bezeichnet werden. Da die gesetzliche Vorschrift nicht darin ihren Grund hat, dass überhaupt kein zuständiges Gericht besteht sondern offenbar der dingliche Gerichtsstand unter allen Umständen erhalten werden soll hat aber § 36 auch dann Anwendung zu finden, wenn bezüglich einer unter § 27 fallenden Klage ein Gericht weil es den allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten bildet für die ganze Klage zuständig ist. Es kommt nur darauf an, ob, falls die Klage im dinglichen Gerichtsstand erhoben werden soll, die Zuständigkeit mehrerer Gerichte begründet ist.

Wenn es sich nicht um eine Sache, sondern um mehrere unbewegliche Sachen handelt, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen so ist die Anwendung des § 36 ausgeschlossen und müssen mehrere Klagen vor den betr. Gerichten erhoben werden. Die objektive Klagenhäufung ist nach § 232 nur dann gestattet, wenn das Prozessgericht bezüglich sämmtlicher Ansprüche zuständig ist. Auch ein Komplex von mehreren Grundstücken ist aber als eine Sache anzusehen, wenn sich ein und derselbe Anspruch auf alle Grundstücke (als Gesammtheit) bezieht und dieselben sonach in Beziehung auf die Klage als ein Ganzes zu betrachten sind. (n. Pr. S. 66 ff.)[1])

6) (Zu Z. 5.) Der in Z. 5 vorgesehene Fall kann nur dann vorkommen, wenn es unterlassen wurde, die Einrede der Rechtshängigkeit oder der rechtskräftig entschiedenen Sache geltend zu machen oder wenn das zuletzt mit der Sache befasste Gericht diese Einrede verworfen hat und das Urtheil in Rechtskraft erwachsen ist. Eine Abhülfe soll durch Z. 5 des § 36 gewährt werden; sie kann aber, da die beiden Urtheile rechtskräftig sein müssen nur dann eintreten wenn gegen keines der Urtheile mehr ein Rechtsmittel zulässig ist. Da verschiedene möglicherweise widersprechende Urtheile in derselben Sache unter allen Umständen vermieden werden sollen, genügt hier der Umstand dass zwei oder mehrere Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärten auch dann, wenn keines derselben an sich unzuständig war sondern die Klage nur von einem Gericht wegen Rechtshängigkeit oder wegen rechtskräftig entschiedener Sache hätte abgewiesen werden müssen. Die Nr. 5 kann sowohl dann Anwendung finden, wenn die örtliche Zuständigkeit in Frage steht, als wenn sich ein Landgericht und ein ihm untergeordnetes Amtsgericht für (sachlich) zuständig erklärten. Die Vorschrift des § 10 kann hier nicht zur Anwendung kommen.[2])

7) (Zu Z. 6.) In ähnlicher Weise wie bei Z. 5 liegt die Sache in dem Fall der Z. 6. Auch hier ist Abhülfe durch ein besonderes Verfahren noth-

Bd. I S. 79; f. Beschluss des O.-L.-G. Köln vom 5. Mai 1880, rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II. S. 23.

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 27; von Sarwey Bd. I S. 80; Gaupp Bd. I S. 120.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 27; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 61 und 62, und Gaupp Bd. I S. 121. A. M. ist von Sarwey Bd. I S. 81.

wendig weil es entweder unterlassen wurde, von den zu Gebote stehenden Rechtsmitteln gegen die Unzuständigkeitserklärungen Gebrauch zu machen oder diese Rechtsmittel keinen Erfolg gehabt haben. Auch hier wird vorausgesetzt, dass ein Rechtsmittel nicht mehr zulässig ist. Ausser den Unzuständigkeitserklärungen verschiedener Gerichte, die ja an sich begründet sein können, wird hier noch vorausgesetzt, dass mindestens eines dieser Gerichte zuständig ist also mit Unrecht seine Uuzuständigkeit ausgesprochen hat. Ist keines dieser Gerichte sondern ein drittes zuständig, so findet § 36 keine Anwendung. Ist eines der Gerichte die sich für unzuständig erklärten, neben diesem aber ein drittes oder auch ein viertes zuständig, so kann § 36 Z. 6 angerufen werden. In diesem Falle trifft sowohl der Wortlaut des Gesetzes als der Grund desselben zu. Auch kann dem Kläger nicht zugemuthet werden, sein Glück vor einem dritten Gerichte zu versuchen wenn eines der von ihm angegangenen Gerichte unzweifelhaft zuständig ist. Sollte der Kläger bei zweifelhafter Sachlage den letzteren Weg vorziehen so ist ihm dies übrigens unbenommen, da durch das Gesetz das Wahlrecht des Klägers nicht beschränkt werden sondern ihm nur ein Mittel gegeben werden soll, bei einem negativen Kompetenzkonflikt die Zuständigkeit durch Anrufung des höheren Gerichts feststellen zu lassen. Auch die Vorschrift der Nr. 6 kann sowohl dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um örtliche Zuständigkeit handelt, als wenn die sachliche Zuständigkeit in Frage steht.[1])

§ 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

(E. § 37. M. 415. K. 12. u. 13.)

Durch § 37 ist das Verfahren, mittels dessen die in § 36 vorgesehene Entscheidung herbeigeführt werden kann, geregelt. Das höhere Gericht wird durch ein „Gesuch“ mit der Sache befasst, und es kann die Entscheidung ohne vorhergehende mündliche Verhandlung erfolgen. Der in der J.-K. gestellte Antrag: „Vor der Entscheidung ist der Gegner zu hören“ wurde abgelehnt nachdem von Amsberg bemerkt hatte: „es seien, obwohl die Anhörung des Gegners die Regel sein werde, Fälle denkbar, in denen diese Anhörung vollkommen entbehrlich sei.“ Die Frage, ob das Gesuch um Bestimmung des höheren Gerichtes durch einen bei dem höheren Gericht zugelassenen Rechtsanwalt eingereicht werden muss, ist nach § 74 zu beurtheilen. Da das Gesetz

1) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 27. A. M. ist von Sarwey Bd. I S. 82 Bem. 10, der mit Unrecht annimmt, nach den §§ 249 und 466 könne der Fall des § 36 Nr. 6 für den Fall einer sachlichen Unzuständigkeitserklärung nicht eintreten.

nicht wie hinsichtlich des Armenrechtsgesuchs u. s. w. die Anbringung zum Protokoll des Gerichtsschreibers gestattet, muss die Frage bejaht werden. (V. noch die Bem. zu §§ 74 ff.)[1]) Der Beschluss, durch den das zuständige Gericht bestimmt wird, ist als unabänderlich anzusehen.[2]) Gegen denselben findet keinerlei Rechtsmittel auch nicht das der Beschwerde statt. Dagegen kann der Beschluss, durch welchen das Gesuch zurückgewiesen wird, durch Beschwerde angefochten werden. (§ 530.) Eine Gebühr wird nicht erhoben. (G.-K.-G. § 47.)

Dritter Titel.

Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38.

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

§ 39.

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

(E. §§ 38 u. 39. M. 415 ff. K. 13, 508 u. 509.)

1) Die Vorschriften der §§ 38 ff. sollen der Vereinbarung der Parteien bezüglich eines an sich nicht zuständigen Gerichts (der prorogatio fori) einen weiten Spielraum gewähren. Kraft einer dispositiven Vorschrift des Gesetzes ist dasjenige Gericht für zuständig erklärt, bezüglich dessen eine innerhalb der gesetzlichen Schranken bleibende Vereinbarung zu Stande kam.[3]) Die Wirksam-

[1]) V. Seuffert S. 38 und von Sarwey Bd. I S. 83; ferner die Entscheid. des O.-L.-G. Stuttgart vom 11. Dez. 1879 (württemb. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 332, deutsche Juristenzeitung Bd. IV S. 467) und des O.-L.-G. München vom 16. Juli 1880 (Deutsche Juristenzeitung Bd. IV S. 627, Zeitschr. für d. Civilprozess J. III S. 144 ff.) A. M sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 28 Bem. 1; Hellmann Bd. I S. 61; Endemann Bd. I S. 289; Kleiner I S. 233; Gaupp I S. 121 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 60. Deren Auffassung scheint auch das oberste Landesgericht für Bayern zu theilen. (V. Busch's Zeitschr. für d. Civilprozess J. III S. 144 ff.)

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. Bem. III. S. 28. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 61. A. M. sind Puchelt Bd. I S. 195, von Sarwey Bd. I S. 83.

[3]) V. hiezu Bülow: Dispositives Civilprozessrecht u. s. w. im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 39 ff. insbes. S. 46.

keit der Vereinbarung ist unabhängig von der Zustimmung des betr. Gerichts, dem ein Widerspruchsrecht nicht zusteht. Die in der J.-K. gestellten Anträge, durch welche dem Gericht allgemein oder doch bezüglich bestimmter Sachen das Recht der Zurückweisung eingeräumt werden sollte, wurden abgelehnt. (K. 13 u. 508.) Auch hinsichtlich solcher Streitigkeiten, welche nach dem System der C.-P.-O. vor ein ausländisches Gericht gehören und in Ansehung solcher Prozesse, bei denen alle Parteien Ausländer sind, steht den Gerichten kein Recht zu, die Entscheidung abzulehnen. Durch eine zulässige Vereinbarung wird nicht bloss die örtliche sondern auch die sachliche Unzuständigkeit beseitigt. Es können also Sachen, welche an sich vor das Landgericht gehören, vor das Amtsgericht gebracht werden. Umgekehrt können die Parteien Klagen, die zur Zuständigkeit des Einzelrichters gehören, vor das Landgericht bringen und sich auf diesem Wege für die Rechtsmittelinstanz den Zutritt zu dem Oberlandesgericht sichern. Dagegen erscheint es als unstatthaft, höhere Gerichte welche bloss zur Entscheidung über Rechtsmittel berufen sind, mit einer den Rechtsstreit einleitenden Klage zu befassen. (M. 416.) Eine derartige Vereinbarung ist ebenso zu behandeln wie die Vereinbarungen, welche § 40 ausdrücklich als unzulässig erklärt. Die Frage ob auch in der Richtung, dass eine Sache lediglich vor der Civilkammer oder vor der Kammer für Handelssachen eines bestimmten Landgerichts ist, zu verhandeln sei, eine Vereinbarung zulässig gehört nicht hieher. Zwischen diesen Kammern kann ein Streit über die „Zuständigkeit" nicht entstehen, sondern es handelt sich nur um eine gesetzlich geregelte Geschäftsvertheilung, für welche andere Grundsätze massgebend sind. Es sind hier lediglich die Bestimmungen des G.-V.-G. (§§ 103 u. ff.) entscheidend. (V. Vorbem. II zu §§ 230 ff.)[1])

2) Das Gesetz schreibt für die Vereinbarung eine bestimmte Form nicht vor; es genügt desshalb, dass die Parteien sich vor oder nach Erhebung der Klagen in irgend einer Weise darüber geeinigt haben, dass ein bestimmtes Gericht ihren Rechtsstreit entscheiden solle. Auch ist es einerlei ob der Vorschlag zu dieser Vereinbarung vom Kläger oder vom Beklagten ausgegangen ist. Dass die Parteien sich schon bei dem Abschluss eines Vertrags über die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts einigen können, kann nach den Vorschriften der §§ 38 und 40 einem Zweifel nicht unterliegen.[2]) Mit Rücksicht darauf wurde es unterlassen, besondere Vorschriften über das „domicile élu" des französischen Rechts zu treffen, das eine solche Vereinbarung enthalten kann. (M. 416). Auch in der Unterwerfung unter das den Gerichtsstand regelnde Statut einer Gesellschaft oder Genossenschaft kann eine Vereinbarung liegen, wenn nur der Wille der Parteien deutlich erkennbar ist.

3) Im Allgemeinen setzt eine Vereinbarung (als Vertrag) die Handlungsfähigkeit der Parteien voraus. Nach § 51 Abs. 2 können jedoch volljährige Ehefrauen und Haus-Kinder ohne Mitwirkung der Ehemänner bezw. Väter eine

[1]) Ausführlicher hat der Verfasser die Frage erörtert in einer Abhandlung in Busch's Zeitschr. für deutschen Civilprozess J. II S. 204 ff.

[2]) V. Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 68, 69.

Vereinbarung treffen, da sie prozessfähig und daher als Kläger wie als Beklagte in der Lage sind, einen Gerichtsstand anzuerkennen. Dass eine Vereinbarung zwischen den Hauptparteien auch für die in den Prozess eintretenden Nebenpersonen insbesondere die Nebenintervenienten bindend ist, versteht sich von selbst, da diesen Personen kein Anspruch auf Verhandlung vor einem bestimmten Gerichte zusteht. (M.: 416). Auch wer eine Hauptintervention erhebt, kann die Zuständigkeit des Gerichts nicht bestreiten, da er freiwillig in den anhängigen Prozess eintritt und es ihm frei stände, eine besondere Klage zu erheben. Dagegen kann die von einem Beklagten abgeschlossene Vereinbarung dessen Streitgenossen nicht binden. Auch berechtigt eine solche wenn der vereinbarte Gerichtsstand nicht den Charakter der Ausschliesslichkeit hat den Kläger, der ungeachtet der getroffenen Vereinbarung im allgemeinen Gerichtsstand Klage erheben kann, nicht, das zuständige Gericht (nach § 36 Z. 3) durch das höhere Gericht bestimmen zu lassen. (§ 36 Bem. 4.)

4) Die Rechtsvermuthung, nach welcher eine stillschweigende Vereinbarung anzunehmen ist wenn der Beklagte, ohne die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, schliesst nach der bestimmten Fassung des Gesetzes jeden Gegenbeweis aus. Auch wenn die in § 247 Abs. 3 erwähnten Voraussetzungen vorliegen, kann der Beklagte gegen die Vereinbarung nicht mehr aufkommen.[1]) Im Verfahren vor den Amtsgerichten hat der Amtsrichter nach § 465 Z. 2 den Beklagten, wenn eine sachliche Unzuständigkeit vorliegt, auf dieselbe aufmerksam zu machen.

Hat der Beklagte lediglich prozesshindernde Einreden vorgeschützt, ohne sich auf den Grund der Klage einzulassen aber auch ohne die Zuständigkeit des Gerichts zu bestreiten, so trifft die in § 39 aufgestellte Regel nicht zu. Auch hat die Uebertretung der Vorschrift des § 247, nach welcher alle prozesshindernden Einreden gleichzeitig vorgebracht werden müssen, nicht den Verlust der Einrede zur Folge wenn dieselbe nur vor Verhandlung über die Hauptsache vorgebracht wurde. (Bem. I. 3 zu §§ 247 ff.)

Aus dem Nichterscheinen des Beklagten ist nicht zu folgern, dass derselbe die Zuständigkeit des Gerichts anerkennt; vielmehr ist dieselbe in diesem Fall von Amtswegen zu prüfen und wenn die Prüfung ergibt, dass das Gericht (sachlich oder örtlich) unzuständig ist, die Klage abzuweisen. Ist jedoch in der Klage behauptet, dass eine Vereinbarung stattgefunden habe, so muss auch dieses thatsächliche Vorbringen (nach § 296) als zugestanden gelten und ist der Richter nicht berechtigt, sich trotzdem für unzuständig zu erklären.[2])

[1]) V. die Abh. des Verfassers in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess J. III S. 245 ff., insbes. S. 250 und die Bem. zu § 247.

[2]) V. hiezu die Bem. zu § 296 und die Abhandlung des Verfassers in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess J. II. S. 190 ff. und J. III S. 245 ff.; ferner Struckmann-Koch III. Aufl. S. 30; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 64; Endemann Bd. I S. 294; Kleiner II S. 206 und 207; Birkmeyer: Das gegenseitige Verhältniss der §§ 38 ff. und des § 247 R.-C.-P.-O. insbes. S. 70 ff. In diesem Sinne erkannte auch das Reichsgericht am 29. Mai und 12. Okt. 1880. (Entsch. Bd. I S. 438 und

§ 40.

Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist.

(K. § 40. M. 416 ff. K. 13.)

1) Wie bezüglich der Form, so ist auch in Beziehung auf den Inhalt der Vereinbarung den Parteien viel Freiheit gelassen. Es sind dieselben nicht bloss befugt zu verabreden, dass ein bestimmtes Gericht neben denjenigen Gerichten zuständig sein solle, vor welche die Sache nach den Vorschriften des Gesetzes gebracht werden kann, sondern sie können auch die gesetzlich zuständigen Gerichte ausschliessen und bestimmen, dass nur das von ihnen gewählte Gericht zuständig sei. In den Motiven (416) wurde ausdrücklich hervorgehoben, „das Gesetz stehe der Vereinbarung, dass der prorogirte Gerichtsstand ausschliesslich sein solle, nicht entgegen.“ Dagegen hat § 40 Abs. 1 „um einer willkürlichen Aufhebung des allgemeinen Gerichtsstandes vorzubeugen“ (M. 416) die Wirksamkeit der Vereinbarung beschränkt. Nach dieser Vorschrift ist eine Vereinbarung, welche in allgemeiner Weise alle zwischen den Parteien entstehenden Prozesse vor ein bestimmtes Gericht verweist, für dieselben unverbindlich. Nur wenn sich die Vereinbarung auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss (z. B. Gesellschafts- oder Mandatsverhältniss etc.) und die bezüglich desselben entstehenden Streitigkeiten bezieht, ist dieselbe wirksam. Daraus, dass eine ausdrückliche Vereinbarung unwirksam ist, folgt übrigens nicht, dass das Gericht eine auf Grund derselben erhobene Klage von Amtswegem zurückweisen dürfe. Vielmehr ist, da eine stillschweigende Vereinbarung sofern nicht § 40 Abs. 2 zur Anwendung kommt zulässig und in der Einlassung auf die mündliche Verhandlung zu finden ist, die Zuständigkeit nur dann zu prüfen wenn der Beklagte dieselbe ausdrücklich bestreitet oder nicht erscheint.

2) Eine noch weiter gehende Beschränkung als in Abs. 1 ist im zweiten Absatz des § enthalten, der jede Vereinbarung für unzulässig erklärt sofern einer der darin vorgesehenen Fälle vorliegt. Durch diese Bestimmung wird nicht bloss die ausdrückliche, sondern auch die stillschweigende Vereinbarung des § 39 ausgeschlossen und überhaupt jeder Verfügung der Parteien die Wirksamkeit entzogen. Liegt ein Fall vor, der unter § 40 Abs. 2 fällt, so ist desshalb das Gericht berechtigt und verpflichtet, sich von Amtswegen für unzuständig zu erklären

Bd. II S. 408 ff.) A. M. sind Wach in Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 373 ff. und Fitting ebendas. Bd. 63 S. 222 ff.

und die Klage bezw. Widerklage abzuweisen. (§ 25 B. I.) Die Vorschrift des § 40 Abs. 2 greift auch bezüglich der Widerklage durch (§ 33) und gilt ebenso für die durch die §§ 253 und 467 betroffenen Fälle. (V. die Bem. zu diesen §§.) Wenn ein ausschliesslicher Gerichtsstand besteht, so ist die Vereinbarung bloss insoweit unzulässig als die Ausschliesslichkeit reicht. Soweit also einem bestimmten Gericht nur die örtliche Zuständigkeit ausschliesslich gewahrt werden soll wie im Falle des § 25, ist eine Vereinbarung hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit zulässig. Ebenso ist die Vereinbarung hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit gestattet, wenn lediglich die Gerichte einer gewissen Gattung in ausschliesslicher Weise für sachlich zuständig erklärt worden sind. (§ 70 G.-V.-G. Abs. 2.) In denjenigen Fällen, in welchen ein Gericht sachlich und örtlich ausschliesslich zuständig ist oder es sich um andere als vermögensrechtliche Ansprüche handelt, ist die Vereinbarung unbedingt ausgeschlossen. [1])

Vierter Titel.

Ausschliessung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

Vorbemerkungen.

Während die Fähigkeit zum Richteramte im Allgemeinen durch das Gerichtsverfassungs-Gesetz (Tit. I §§ 1 u. ff.) geregelt ist, wird hier von den Gründen gehandelt, welche bewirken, dass der Richter von der Entscheidung über eine einzelne Streitsache ausgeschlossen ist oder doch ausgeschlossen werden kann. Es besteht ein Unterschied zwischen der kraft Gesetzes eintretenden Ausschliessung (sonst Unfähigkeit oder Behinderung genannt), deren Nichtbeachtung viel strengere Folgen nach sich zieht und der blossen Ablehnbarkeit. In § 41 wird von der „Ausschliessung", in § 42 von der Zulässigkeit der Ablehnung gehandelt. In den §§ 43—48 wird sodann das bezüglich der Ablehnung stattfindende Verfahren geregelt, während § 49 die Vorschriften dieses Titels auf die Gerichtsschreiber ausdehnt.

Dass die Vorschriften des ganzen Titels sich nicht bloss auf rechtsgelehrte Richter, sondern auch auf die Handelsrichter (§§ 109 ff. G.-V.-G.) erstrecken, ist unzweifelhaft. Dagegen finden dieselben auf die Mitglieder der Staatsanwaltschaft keine Anwendung. (§ 49 Bem. 3.) Ein Gericht als solches kann ebensowenig abgelehnt werden, als es ausgeschlossen sein kann. In § 42 handelt es sich ebenso wie in § 41 nur um die einzelnen Mitglieder des Gerichts.

§ 41.

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

[1]) V. Westerburg in Gruchots Beiträgen N. F. Bd. I S. 588; Uebel Bd. I S. 44 Bem. 10; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 31.

1. In Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht;
2. in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum Zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
4. in Sachen, in welchen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;
5. in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;
6. in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

(E. § 41. M. 417. K. 13 u. 509.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) In den im § 41 aufgezählten Fällen ist der Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen oder es ist ihm „die Befugniss entzogen, sein Amt auszuüben.“ (M. 417). Er hat sich im öffentlichen Interesse jeder amtlichen Thätigkeit zu enthalten. Aus der Stellung desselben ergibt sich von selbst die dienstliche Verpflichtung, sobald er von einem Ausschliessungsgrund Kenntniss erhalten hat, davon Anzeige zu machen.

2) Da die Ausschliessung kraft Gesetzes erfolgt, hat der Richter obige Verpflichtung auch dann wenn seine Ausschliessung von den Parteien nicht geltend gemacht wird. Allerdings haben diese auch wegen der in § 41 aufgezählten Ausschliessungsgründe das Recht der Ablehnung. (§ 42.) Ja es wird ihnen freistehen, auch wenn sie kein förmliches Ablehnungsgesuch einreichen auf das Vorhandensein solcher Gründe aufmerksam zu machen. Aber die

Unterlassung einer derartigen Aeusserung berechtigt den Richter nicht, seine Thätigkeit fortzusetzen. Auch kann die auf § 41 gestützte Ablehnung nach § 43 in jedem Stadium des Prozesses erfolgen, obgleich die Partei den Ablehnungsgrund kannte und sich auf die Verhandlung vor dem ausgeschlossenen Richter einliess. (M. 417.) Die endgültige Entscheidung darüber, ob ein Ausschliessungsgrund vorliegt steht übrigens nicht dem betr. Richter, sondern dem Gerichte zu. (§ 48 Bem. 2.)

3) Hat ein ausgeschlossener Richter Amtshandlungen vorgenommen, so sind diese desshalb nicht ungültig. Die Entscheidung, bei welcher ein solcher Richter mitwirkte, kann aber durch das Rechtsmittel der Berufung (§ 501) und, „sofern das Hinderniss nicht mittels eines Ablehnungsgesuchs bezw. Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist", auch durch das Rechtsmittel der Revision ja „wenn die Nichtigkeit nicht mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte" selbst durch Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. (§§ 513 Z. 2 und 542 Abs. 1 Z. 2 u. Abs. 2.) Hienach erscheint es als geboten, dass der Richter sobald die Möglichkeit einer erfolgreichen Anfechtung besteht gemäss § 48 eine Entscheidung des zuständigen Gerichts veranlasst. Auch empfiehlt es sich wenn dies nicht geschieht in zweifelhaften Fällen für die Parteien, vom Recht der Ablehnung Gebrauch zu machen und dadurch eine Entscheidung zu veranlassen, welche wenn das Gesuch zurückgewiesen wird durch sofortige Beschwerde angefochten werden kann (§ 46), durch welche aber Revision und Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen werden.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Vorschriften.

1) (Zu Z. 1.) Nicht wenn der Richter überhaupt ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat, sondern nur wenn er selbst Partei ist oder zu einer Partei im Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht, ist er von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen. Ein Antrag, denselben „in Sachen einer Person deren Gläubiger oder Schuldner oder präsumtiver Erbe er ist" auszuschliessen, wurde von der J.-K. (13 und 21) abgelehnt. Auch wenn der Richter einer Partei gegenüber zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet ist, auf deren Höhe der Ausgang des Prozesses von Einfluss sein kann, liegt darin kein Ausschliessungsgrund, sondern wird nur die Ablehnung gerechtfertigt sein.

Damit der Richter als Partei angesehen werden kann wird vorausgesetzt, dass derselbe als Haupt- oder Nebenpartei im Prozess ist. Die blosse Streitverkündung macht ihn nicht zur Partei, sondern erst die in Folge derselben vorgenommene Nebenintervention. Das Verhältniss eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten liegt vor wenn der Richter an dem in Frage stehenden Anspruch unmittelbar betheiligt ist, so dass er hätte als Kläger mit auftreten oder mitverklagt werden können. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um einen Eigenthumsanspruch oder ein anderes dingliches Recht oder um eine Forderung handelt. Uebrigens fällt dieser Ausschliessungsgrund nicht weg, wenn der Richter zu beiden Parteien im Verhältnisse eines Mitberechtigten bezw. Mitverpflichteten steht. Um eine solche Auffassung auszuschliessen, wurden bei der Fest-

stellung des n. E. bei § 22 Z. 1 statt der Worte „einer der Parteien" die Worte „einer Partei" gewählt. (n. Pr. S. 98.) Sofern es sich um eine Regresspflicht handelt genügt es nicht, dass eine solche von einer Partei behauptet und desshalb der Streit verkündet wurde, sondern es muss glaubhaft gemacht werden, dass dieselbe wirklich begründet ist. (§ 44.)

Dass Richter, welche Mitglieder einer Gemeinde oder einer andern Korporation sind, bezüglich der von diesen geführten Prozesse weder als Parteien noch als Mitberechtigte oder Mitverpflichtete angesehen werden können ist klar. Die Gemeinde u. s. w. ist als eine selbständige Person anzusehen, die ihr eigenes von dem der Mitglieder getrenntes Vermögen hat. Es sind nicht bloss die Mitglieder als solche am Prozess nicht betheiligt, sondern es liegt auch hier so wenig wie bei den Prozessen des Staats bezüglich seiner Angehörigen ein Verhältniss der Mitberechtigung oder Mitverpflichtung vor. Vielmehr handelt es sich hiebei nur um ein mittelbares Interesse am Ausgange des Rechtsstreits welches, wenn es erheblich genug ist, eine Ablehnung rechtfertigen kann. Ebenso wie bei den Gemeinden etc. liegt die Sache bei den Aktiengesellschaften welche (nach Art. 213 H.-G.-B.) eine selbständige Existenz und ein eigenes von dem ihrer Mitglieder getrenntes Vermögen haben und im Allgemeinen auch bei den eingetragenen Genossenschaften, denen durch § 10 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 dieselbe Stellung eingeräumt ist. Auch hier sind die einzelnen Mitglieder, da die Genossenschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, am Rechtsstreit nicht unmittelbar betheiligt. Da aber die Mitglieder einer solchen Genossenschaft (nach § 11 des citirten Gesetzes) für alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft mit ihrem ganzen Vermögen haften sofern zur Deckung derselben im Falle der Liquidation oder des Konkurses das Vermögen der Genossenschaft nicht ausreicht, so sind sie bezüglich aller Klagen, welche wegen solcher Verbindlichkeiten gegen die Genossenschaft erhoben werden, als Mitverpflichtete jedenfalls als Regresspflichtige anzusehen und als solche von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen.

Dass diejenigen Richter, welche Vorstände einer Gemeinde, Gesellschaft oder Genossenschaft und als solche „gesetzliche Vertreter" derselben sind, durch die Ausschliessung des § 41 betroffen werden, ergibt sich aus Z. 4.

2) (Zu Z. 2 u. 3.) Ob die in § 41 Nr. 3 vorgesehene Verwandtschaft oder Schwägerschaft, welche auch eine aussereheliche sein kann, vorliegt, ist nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden. Der Ausschliessungsgrund fällt auch hier nicht dadurch weg, dass der Richter mit beiden Parteien in gleichem Grade verwandt oder verschwägert ist. (Bem. 1.) Dass die Verlobung der Ehe nicht gleichsteht, versteht sich von selbst; auch wurde in den Motiven hervorgehoben, dass dieselbe nur als Ablehnungsgrund geltend gemacht werden könne. Was die Ehe anbelangt, so kommt es nicht darauf an, ob dieselbe als solche rechtsbeständig ist. Ein Ausschliessungsgrund liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Ehe als ungültig angefochten werden kann. Wenn dieselbe als nichtig (oder nicht bestehend) anzusehen ist, kann sie die im § vorgesehene Wirkung nicht haben wird aber immerhin eine Ablehnung rechtfertigen.

3) (Zu Z. 4.) Wer als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer

Partei bestellt war (§§ 74—86), darf in derselben Sache nicht das Richteramt ausüben gleichviel ob diese, während er Bevollmächtigter war, bereits zur gerichtlichen Verhandlung kam oder nicht. Dagegen kann der Umstand, dass der Richter eine Partei bei Abschluss des Rechtsgeschäfts, das zum Prozess Veranlassung gibt, vertreten oder bei Verbriefung desselben (als Notar oder als Berather) mitgewirkt oder eine vormundschaftliche Thätigkeit ausgeübt hat, höchstens eine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen. Bezüglich des gesetzlichen Vertreters einer Partei (§ 50) wird im Gesetz offenbar angenommen, dass dieser selbst als Partei anzusehen und desshalb schon nach Z. 1 von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist. Auch ergibt sich diese Auffassung aus der Natur der Sache. Wird auch der Prozess nicht für Rechnung des gesetzlichen Vertreters geführt und treffen diesen sonach in der Regel nicht die Folgen des Unterliegens, so hat derselbe doch die Verfügung über die ganze Prozessführung. Eine Doppelstellung, wie sie sich ergeben würde wenn der gesetzliche Vertreter zugleich als Richter thätig sein könnte, ist ganz abgesehen von der möglicher Weise eintretenden Regresspflicht desselben ebenso als unzulässig anzusehen, wie das Verhältniss, das eintreten würde wenn Jemand zugleich Richter und Prozessbevollmächtigter sein könnte.[1]) Die Ausschliessung tritt ferner ein wenn der Richter nicht als gesetzlicher Vertreter einer Partei auftritt wenn er aber zu solchem Auftreten berechtigt ist oder berechtigt gewesen ist. Es soll „der Ausschliessungsgrund der Z. 4 auch dann eintreten, wenn das betr. Verhältniss vor dem Beginn des Rechtsstreits bestanden hat.“ (M 417.) Wenn der Richter früher Vormund einer Partei oder Vorstand einer als Partei auftretenden Gesellschaft etc. und als solcher berechtigt war, die betr. Klage anzustellen bezw. den Beklagten zu vertreten, muss also § 41 Z. 4 gleichfalls zur Anwendung kommen. Immer wird aber vorausgesetzt, dass es sich um dieselbe Sache handelt über welche entschieden werden soll. Es liegt sonach kein Ausschliessungsgrund vor wenn das Rechtsverhältniss, um das sich die Klage dreht, erst nach Beendigung der Vormundschaft oder Niederlegung der Vorstandschaft entstanden ist oder zu Streitigkeiten Veranlassung gegeben hat.

4) (Zu Z. 5 u. 6.) Ein Ausschliessungsgrund liegt endlich vor wenn der Richter in der Sache, in welcher er zur Entscheidung berufen ist, entweder als Zeuge oder Sachverständiger vernommen wurde oder bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren mitgewirkt hat. Es ist zu beachten, „dass nicht der als Zeuge vorgeschlagene, sondern der als Zeuge vernommene Richter als untüchtig zum Richter in dieser Sache erklärt wird.“ (V. 417, K. 509.) Soweit es sich um die Mitwirkung bei Erlassung des angefochtenen Urtheils handelt, tritt die Ausschliessung nur dann ein wenn der betr. Richter hiebei als Richter (nicht etwa als Staatsanwalt oder Gerichtsschreiber) thätig war, denn nur dieser wirkt

[1]) Dass der Direktor einer Aktiengesellschaft, welcher dieselbe im Prozess vertritt, über die im Prozess streitige Thatsache nicht als Zeuge gehört werden kann, hat das Reichsgericht am 1. Okt. 1880 entschieden. (Entscheid. Bd. II. S. 400.)

bei der Erlassung des Urtheils mit. Wer als Staatsanwalt sein Gutachten in einer Civilsache abgegeben hat kann unter Umständen abgelehnt werden; gesetzlich ausgeschlossen ist er von der Ausübung des Richteramtes nicht. Die Mitwirkung muss in Beziehung auf das angefochtene Urtheil erfolgt sein. Dadurch, dass er überhaupt einmal mit der Sache wenn auch als Richter befasst war und vielleicht ein Vertagungsurtheil erlassen oder eine Beweisaufnahme vorgenommen hat, ist ein Richter nicht von der Mitwirkung an einer späteren Entscheidung ausgeschlossen. (M. 417.) Ebenso tritt eine Ausschliessung nicht ein wenn eine Sache, weil gegen ein Versäumnissurtheil Einspruch oder eine Restitutions- oder Nichtigkeits-Klage erhoben wurde oder weil der Revisionsrichter die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, vor demselben Gerichte zweimal zur Verhandlung kommt. Auch kann ein Richter, der bei Erlassung eines Urtheils mitwirkte, durch welches sich das Gericht für unzuständig erklärte oder die Klage als unzulässig abwies, bei der Entscheidung über eine neuerdings erhobene Klage mitwirken. Hier handelt es sich nicht um eine „angefochtene“ oder „in früherer Instanz ergangene“ Entscheidung.

§ 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniss der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

(E. § 42. M. 418. K. 13.)

I. Ablehnungsgründe.

Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, in § 42 einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen. Nach den Motiven (417) wurde „von einer Aufstellung einzelner Kategorien von Ablehnungsgründen sowie von beispielsweiser Aufzählung einzelner Fälle Abstand genommen, da eine solche Spezialisirung in erschöpfender Weise nicht wohl geschehen könne, aber auch insofern nicht angemessen sei, als die übergangenen Fälle gegen die hervorgehobenen von geringer Bedeutung sein würden.“ Abgesehen von den Ausschliessungsgründen des § 41, welche jederzeit eine Ablehnung rechtfertigen, können die einzelnen Richter hienach „wegen Befangenheit“ abgelehnt werden wenn unter den bestehenden Verhältnissen ein Misstrauen gegen deren Unparteilichkeit gerechfertigt ist gleichviel ob dieses Misstrauen in einem Verhältniss des Richters zur Sache selbst oder in dessen

Beziehungen zu einer Partei seinen Grund hat. Selbstverständlich handelt es sich hiebei nicht um die Frage ob eine absichtliche Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei zu erwarten ist, sondern genügt es zur Rechtfertigung der Ablehnung, dass bei dem betr. Richter die zu einer richtigen Beurtheilung erforderliche Unbefangenheit fehlt. Bezüglich der Gründe, welche ein solches Misstrauen rechtfertigen, lassen sich verschiedene Gruppen unterscheiden.

1. Wenn der Richter ein erhebliches wenn auch mittelbares Interesse am Ausgang des Prozesses hat, so dass je nach dem Ausfall desselben für ihn ein Vortheil oder ein Nachtheil zu erwarten ist, kann eine unparteiische Entscheidung von ihm nicht mit Sicherheit erwartet werden, und ist desshalb die Ablehnung gerechtfertigt. Hierher gehört vor Allem der Fall, dass dem Richter voraussichtlich einmal das Vermögen einer Partei zufällt; es können die Vermögensverhältnisse der Parteien aber auch aus anderen Gründen für den Richter von Bedeutung sein, und es trifft dies insbesondere dann zu, wenn derselbe Gläubiger einer Partei ist. Ausserdem kann ein solches Interesse vorliegen, wenn der Prozess von einer Korporation, Gesellschaft, oder Genossenschaft geführt wird deren Mitglied der Richter ist und dessen materielle Interessen durch den Prozess gefördert oder geschädigt werden können. Ganz geringfügige Interessen, welche der Natur der Sache nach einen Einfluss nicht haben können, sind jedoch nicht zu berücksichtigen. Vielmehr ist in jedem einzelnen Falle, zu untersuchen, ob das vorhandene Interesse ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters rechtfertigt. Dass ein Richter Mitglied einer im Prozess befindlichen Gemeinde ist, wird kaum jemals einen Grund zur Ablehnung bilden; es müsste sich denn um einen Streitgegenstand von ausserordentlicher Bedeutung handeln, so dass der Gewinn des Prozesses den einzelnen Gemeindegliedern erhebliche Vortheile (z. B. freien Holzbezug) verschaffen oder der Verlust für dieselben erhebliche Auslagen (Gemeinde-Umlagen etc.) herbeiführen kann. Auch der Besitz von Aktien wird, wenn es sich um eine grosse Gesellschaft (z. B. eine Eisenbahngesellschaft) handelt in der Regel kein Interesse darstellen, das ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit rechtfertigt. [1])

2. Eine unbefangene Stellung zur Sache kann dem Richter, obgleich er keinerlei pekuniäres Interesse am Ausgang hat, fehlen wenn er bezüglich derselben einer Partei Rath ertheilte oder sich gutachtlich äusserte und dadurch vielleicht den Prozess veranlasste. Dieses Verhältniss ist desshalb in manchen Gesetzgebungen und Entwürfen als Ablehnungsgrund bezeichnet worden. Auch in dieser Richtung müssen jedoch die Umstände, unter denen die Aeusserung des Richters erfolgte, genau geprüft werden ehe eine Ablehnung angenommen wird. Der Umstand, dass der Richter einmal seine Ansicht über eine Frage geäussert hat, kann nicht bewirken, dass derselbe als befangen anzusehen ist; sonst könnte jeder Richter, der bezüglich einer bestimmten Rechtsfrage (in einem Urtheil oder einer Abhandlung etc.) seine Meinung ausgesprochen hat, abgelehnt werden. Vielmehr kommt es auf die Veranlassung an, aus welcher und auf die Form in

[1]) V. hiezu Seuffert's Archiv Bd. XXIV S. 429 ff., Bd. XXVI S. 311 u. ff. und ein Erk. des R.-O.-H.-G. v. 15. Jan. 1875, Entsch. Bd. XV S. 340 ff.

der dies geschah. Wer in der Eigenschaft als Rechtsanwalt oder als Freund in einer Sache einen entscheidenden Rath ertheilt oder ein förmliches Gutachten ausgestellt und damit eine gewisse wenn auch nur moralische Verantwortlichkeit übernommen hat, kann nicht als unbefangener Richter angesehen werden. Dagegen kann der Amtsrichter, der auf Befragen über den Inhalt des Gesetzes Auskunft gegeben hat, zumal wenn dies mit der nöthigen Vorsicht geschehen ist, nicht ohne Weiteres abgelehnt werden. (V. auch n. Pr. S. 101.)

3. Wie die eigene Betheiligung an einer Sache so kann auch ein lebhaftes Interesse an dem Wohl einer Partei (Verwandtschaft, Freundschaft) dem Richter die nöthige Unbefangenheit rauben und ebenso kann diese fehlen, wenn der Richter mit einer der Parteien in entschiedener Feindschaft lebt. Doch darf man nicht jedes vorübergehende Zerwürfniss als Ablehnungsgrund annehmen.

II. Welchen Parteien steht ein Ablehnungsrecht zu?

Nach Abs. 3 des § 42 steht das Ablehnungsrecht „beiden Parteien" zu. Der Hauptintervenient, der einen selbständigen Anspruch erhebt und ein Recht darauf hat, dass über diesen von unparteiischen Richtern entschieden werde, darf das Recht der Ablehnung jedenfalls ausüben. Auch der Nebenintervenient (§ 63) kann ein Ablehnungsgesuch anbringen, da er alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel, die ihm als nothwendig erscheinen, geltend machen und alle Prozesshandlungen wirksam vornehmen darf. Da er den Rechtsstreit in der Lage annehmen muss in welcher er sich zur Zeit seines Eintritts befindet und sich mit den Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht in Widerspruch setzen darf, steht ihm aber dieses Recht nicht mehr zu wenn die Hauptpartei, welcher er zur Seite steht, dieses Recht nach § 43 nicht mehr ausüben kann. (Bem. zu § 64.)[1] Auch wird sich die Ablehnung in der Regel auf die Beziehungen zwischen dem Richter und der Hauptpartei stützen müssen. Uebrigens steht nach Abs. 3 des § das Recht der Ablehnung den hiezu berechtigten Parteien „in jedem Falle", d. h. auch dann zu, wenn nach der Beschaffenheit des Ablehnungsgrundes nicht die ablehnende Partei, sondern die Gegenpartei als gefährdet erscheint.

§ 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniss der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

§ 44.

Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 34 Bem. 2; von Sarwey Bd. I. S. 90 Bem. 4; Gaupp Bd. I S. 138 Bem. IV; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 69. A. M. ist Hellmann Bd. I S. 176.

der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugniss des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äussern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgniss der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, dass der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

§ 45.

Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlussunfähig wird, das im Instanzenzuge höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

§ 46.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluss, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluss, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

(E. §§ 43—46. M. 418. K. 13. 14. 510 und 511.)

1. Frist für die Geltendmachung des Ablehnungsrechts.

Nach § 43 genügt die Einlassung auf irgend eine Verhandlung, um die spätere Geltendmachung eines bekannten Ablehnungsgrundes auszuschliessen. Die Partei verliert sonach das Recht der Ablehnung auch dann, wenn sie ohne sich

auf die Hauptsache einzulassen lediglich prozesshindernde Einreden geltend macht (§ 247). Immerhin wird aber vorausgesetzt, dass eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und kann die Zustellung der Klage so wenig als die eines vorbereitenden Schriftsatzes, in welchem die Angriffs- und Vertheidigungsmittel entwickelt werden, diese Folge nach sich ziehen. [1]) Auch unter den „Anträgen", deren Stellung einen Verzicht auf das Ablehnungsrecht nach sich zieht, sind nur diejenigen Anträge zu verstehen, durch welche die mündliche Verhandlung eingeleitet wird (§ 128) oder welche in anderer Weise (z. B. vor dem mit der Beweisaufnahme beauftragten Richter) mündlich gestellt werden. Der Antrag auf Vertagung der Sache ist da derselbe gerade bewirken soll, dass vorerst keine Verhandlung stattfinde ja mit Rücksicht darauf gestellt sein kann, um die Frage der Ablehnung näher zu prüfen, weder als „Einlassung auf eine Verhandlung" noch als „Antrag" im Sinne des § 43 anzusehen. Wollte man anders entscheiden, so würde man die Partei in vielen Fällen nöthigen, die Ablehnung vorsorglicher Weise geltend zu machen und unnöthige Verhandlungen und Entscheidungen herbeiführen, was sicher nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht. [2])

2. Von dem Gericht, das zu entscheiden hat und den Befugnissen desselben.

Das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, hat in der Regel darüber zu entscheiden, ob das Ablehnungsgesuch gerechtfertigt ist. Jedoch hat der abgelehnte Richter bei der Entscheidung nicht mitzuwirken. Bei den Kollegialgerichten steht die Entscheidung der Kammer zu, die mit dem Rechtsstreit befasst ist. Hat das Ausscheiden des abgelehnten Richters die Folge, dass das Gericht beschlussunfähig wird, so steht die Entscheidung dem im Instanzenzug zunächst höheren Gerichte zu.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so hat immer das Landgericht über die Ablehnung zu entscheiden, „weil die Amtsrichter principiell als Einzelrichter handeln, das Amtsgericht also, auch wenn es mit mehreren Richtern besetzt ist, durch die Ablehnung stets beschlussunfähig wird." (M. 418.) Erklärt das höhere Gericht die Ablehnung für begründet, so kann dasselbe zugleich nach § 36 Z. 1 das zuständige Gericht bezeichnen. Eine besondere Vorschrift hierüber wurde, weil die Sache selbstverständlich sei, nicht für nöthig gehalten. (M. a. a. O.) Diese Nothwendigkeit liegt aber nicht vor wenn das Amtsgericht mit mehreren Richtern besetzt ist und nur ein Theil derselben abgelehnt wurde oder wenn ein Stellvertreter vorhanden ist, der für den Fall der Verhinderung des Amtsrichters diesen zu vertreten hat. Daraus, dass keiner von mehreren Amtsrichtern über die Ablehnung des anderen aburtheilen kann, folgt in keiner Weise, dass die nicht abgelehnten Mitglieder nicht in der Lage sind, in der Sache selbst zu entscheiden. Vielmehr liegt die Sache ebenso, wie wenn ein Theil der Richter

[1]) V. die Abh. des Verfassers in Busch's Zeitschr. für deutschen Civilprozess Bd. II S. 161 ff. insbes. S. 167 ff.

[2]) V. auch die Abh. des Verfassers in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. II S. 169; ferner Kleiner Bd. I S. 255. Alle anderen Schriftsteller, welche sich mit der Frage beschäftigen, sind entgegengesetzter Ansicht.

durch Krankheit oder in anderer Weise verhindert ist und gelten die gewöhnlichen Grundsätze über die Vertretung eines verhinderten Richters.[1]) Dass es einer Entscheidung überhaupt nicht bedarf wenn der abgelehnte Amtsrichter die Ablehnung für begründet hält, ist im Gesetz ausdrücklich gesagt. (§ 45 Abs. 2.) Wird von demselben eine derartige Erklärung abgegeben, so wird also die Ablehnung ohne Weiteres wirksam und es tritt der Vertreter des betr. Amtsrichters ein oder ist, wenn dieser gleichfalls durch die Ablehnung betroffen oder kein Stellvertreter vorgesehen ist, ein anderes Amtsgericht zu bezeichnen. Hält ein Mitglied eines Kollegialgerichts die Ablehnung für begründet, so wird dadurch die Entscheidung des zuständigen Gerichts nicht ausgeschlossen. Vielmehr kann das Gericht das Ablehnungsgesuch auch gegen den Willen des abgelehnten Richters für unbegründet erklären. Auch wird der Gegner der ablehnenden Partei stets eine Entscheidung über die Ablehnung verlangen können. (§ 48 Bem. 2).

3. Verfahren und Form des Gesuchs.

Die Ablehnung kann (nach § 44) in einem bei dem Gericht eingereichten „Gesuch" also in einer einfachen schriftlichen Eingabe geltend gemacht oder bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Da durch diese Vorschrift nur eine Erleichterung bezüglich der Form gewährt, nicht ein besonderes Schriftstück oder eine Erklärung vor dem Gerichtsschreiber als nothwendig erklärt werden soll, kann die Ablehnung in jeder für das Gericht bestimmten Schrift insbesondere in einem vorbereitenden Schriftsatz, der nach § 124 auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt werden muss, erfolgen. Ebenso ist es zulässig, das Ablehnungsgesuch bei Beginn der mündlichen Verhandlung vorzubringen. Auch durch eine solche Erklärung, die der Gerichtsschreiber zu Protokoll nehmen kann, ist das Gesuch „bei dem Gerichte angebracht" und dieses kann darüber entscheiden, bezw. eine Entscheidung des höheren Gerichts veranlassen. Was das Verfahren anbelangt so ist vorgeschrieben, dass sich der abgelehnte Richter über den Absehnungsgrund dienstlich zu äussern habe. Diese Aeusserung, welche sich auf die von der ablehnenden Partei geltend gemachten Thatsachen zu erstrecken hat, fällt bei dem Amtsrichter weg wenn er selbst das Ablehnungsgesuch für begründet hält, muss aber, wenn dies nicht der Fall ist, jedenfalls schriftlich erfolgen und an das zuständige höhere Gericht abgegeben werden. Wird ein Mitglied eines Kollegialgerichts abgelehnt, so kann die dienstliche Aeusserung auch mündlich vor der Berathung und Beschlussfassung über das Ablehnungsgesuch abgegeben werden. Das Gericht kann aber eine schriftliche Erklärung verlangen. Ob eine mündliche Verhandlung bezüglich der Ablehnung stattfinden oder die Entscheidung lediglich auf Grund der dienstlichen Aeusserung des abgelehnten Richters erfolgen soll, ist in das Ermessen des Gerichts gestellt.

Dass jedes Rechtsmittel ausgeschlossen ist, falls die Ablehnung als begründet

[1]) V. auch von Sarwey Bd. I S. 92; Gaupp Bd. I S. 144; von Bülow § 45 Bem. 1 S. 23. A. M. ist Puchelt, § 45 Bem. 5 Bd. 1.

angenommen wird, hat darin seinen Grund: „dass der ablehnenden Partei Genüge geschehen ist, dem Gegner aber die Ersetzung des abgelehnten Richters gleichgültig sein muss, da prinzipiell alle Richter zur Entscheidung des Rechtsstreits gleich befähigt sind und die Parteien auf bestimmte Personen der Richter kein Recht haben.“ (M. 418.) Gegen einen die Ablehnung verwerfenden Beschluss ist, „um gegen eine schädliche Verschleppung des Rechtsstreits zu sichern“, das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 540) eingeräumt. Andere Rechtsmittel sind ausgeschlossen. Die etwa durch das Ablehnungsverfahren entstandenen Kosten sind, da jede Partei ein Recht darauf hat, befangene Richter von der Entscheidung auszuschliessen, zu den Prozesskosten zu rechnen wenn die Ablehnung Erfolg hatte.[1]) Andernfalls hat dieselben die ablehnende Partei zu tragen. Gerichtskosten entstehen übrigens nach § 47 G.-K.-G. nicht.

4. Glaubhaftmachung.

Durch die Vorschrift des § 44 Abs. 2 ist der sogenannte Perhorrescenzeid beseitigt; es darf aber auch nicht auf Eid erkannt werden, um den durch andere Mittel erbrachten Beweis zu ergänzen. Handelt es sich nicht um die Glaubhaftmachung des Ablehnungsgrundes sondern darum, die Zeit der Entstehung oder des Bekanntwerdens desselben glaubhaft zu machen, so kann „die Partei zur eidlichen Versicherung der Wahrheit ihrer thatsächlichen Behauptungen zugelassen werden.“ (M. 41 S.) Ueber die Bedeutung der von dem abgelehnten Richter abgegebenen dienstlichen Erklärung für die Glaubhaftmachung der Ablehnungsgründe wurde in der J.-K. mehrfach verhandelt und schliesslich der Zusatz angenommen: „dass zur Glaubhaftmachnng auf das Zeugniss des abgelehnten Richters Bezug genommen werden könne.“ (K. 13, 14, 510.) Hienach bedarf die ablehnende Partei, wenn der von ihr vorgebrachte Ablehnungsgrund schon durch die Erklärung des abgelehnten Richters glaubhaft gemacht wird, einer weiteren Beweisführung nicht.

§ 47.

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

(E. § 47. M. 418. K. 14.)

1) Im Allgemeinen ist der abgelehnte Richter verpflichtet, sich so lange nicht über das Ablehnungsgesuch entschieden ist der richterlichen Thätigkeit zu enthalten und diese Verpflichtung dauert fort, bis das Gesuch „erledigt ist.“ Wird das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt so ist damit, da (nach § 46) sofortige Beschwerde zulässig ist, die Sache nicht endgültig entschieden. Da aber (nach § 535) die Beschwerde nur in besonderen Fällen, zu denen der vorliegende nicht gehört, aufschiebende Wirkung hat ist der abgelehnte Richter

[1]) A. M. ist Gaupp Bd. I S. 147.

nach erfolgter Abweisung berechtigt, seine Thätigkeit in derselben Weise fortzusetzen als ob eine Ablehnung nicht vorläge. Eine Anfechtung der Entscheidung, bei welcher ein abgelehnter Richter mitgewirkt hat, durch Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde kann, sofern nicht ein Ausschliessungsgrund vorliegt, nur dann erfolgen, wenn derselbe hiebei mitwirkte obgleich das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war. (§§ 513 Z. 3 u. 542 Z. 3.) Dass der Richter, bezüglich dessen ein Ausschliessungsgrund vorliegt, auch wenn er nicht abgelehnt wird im Allgemeinen die Verpflichtung hat, sich der Ausübung seines Amtes zu enthalten, wurde bereits früher bemerkt. (§ 41 Bem. I. 1.)

2) Steht eine Handlung in Frage, welche einen Aufschub nicht gestattet, so hat der abgelehnte Richter dieselbe auch vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs vorzunehmen und kann sich dieser Verpflichtung auch dann nicht entziehen, wenn er selbst die Ablehnung für begründet hält. Nur der Amtsrichter kann sich, wenn er die gegen ihn vorgebrachte Ablehnung für begründet hält, auch der dringendsten Amtshandlungen enthalten, da durch seine dessfallsige Erklärung das Ablehnungsgesuch erledigt wird. (§ 45 Z. 2.)

Die Frage, ob die Vorschrift des § 47 auch dann Anwendung findet wenn die Ablehnung auf Grund des § 41 erfolgt ist gibt zu Zweifeln Veranlassung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes könnte man geneigt sein, die Frage zu bejahen. Hierdurch würde aber der im Gesetz überall (insbesondere in den §§ 513 und 542) festgehaltene Unterschied zwischen Ausschliessung und blosser Ablehnung verwischt werden. Man müsste wenn man so weit gehen wollte, alle gesetzlich ausgeschlossenen Richter, auch wenn sie nicht abgelehnt worden sind, in gleicher Weise wie die nach § 41 abgelehnten für berechtigt und verpflichtet erklären, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub erleiden. Die ausdrückliche Ablehnung kann unmöglich die Folge haben, dass der Richter zu einer grösseren Thätigkeit berechtigt und verpflichtet ist, als im Falle der Unterlassung derselben. Die Annahme, § 47 solle nicht bloss für die Fälle der Ablehnung sondern auch für alle Fälle der gesetzlichen Ausschliessung gelten, ist aus inneren und äusseren Gründen ausgeschlossen. Dagegen verträgt sich die Ansicht, dass in § 47 lediglich die Wirkungen, welche die Ablehnung als solche hat, geregelt werden sollten während die Wirkungen der gesetzlichen Ausschliessung in allen Fällen nach § 41 zu beurtheilen sind ganz wohl mit dem Wortlaut des Gesetzes. Desshalb ist dieser Ansicht der Vorzug zu geben.[1])

3) Welche Handlungen einen Aufschub nicht gestatten, ist im einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurtheilen. Jedenfalls gehören hiezu diejenigen Entscheidungen, bei denen es sich um Erlassung einstweiliger Verfügungen handelt. Ob eine solche Dringlichkeit vorliegt wie sie § 47 voraussetzt, hat der abgelehnte Richter selbst zu entscheiden. Wenn er eine Handlung vornimmt, die nach seiner Auffassung einen Aufschub nicht gestattet, so bleibt dieselbe rechtswirksam auch wenn das Ablehnungsgesuch später für begründet

[1]) V. auch Puchelt § 47 Bd. I S. 218; von SarweyBd. I S. 94; Gaupp Bd. I S. 147; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 71.

erklärt wurde. (§§ 513 Z. 3 u. 542 Z. 3.) Wird die Ablehnung als begründet anerkannt, so fällt die Berechtigung zur Vornahme dringlicher Prozesshandlungen weg.

§ 48.

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

(E. § 48. M. 419. K. 14 u. 511.)

1) Sofern ein gesetzlicher Ausschliessungsgrund in Frage steht, hat das Gericht in allen Fällen darüber zu entscheiden ob der in Frage stehende Richter von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist. Es kommt also nicht darauf an ob der Zweifel, welcher zur Entscheidung Veranlassung gibt, vom Richter selbst oder von einer der Parteien oder in anderer Weise angeregt wurde. Es kann ein Richter selbst dann wider seinen Willen ausgeschlossen werden, wenn keine Partei ein Ablehnungsgesuch vorgebracht hat und zwar gilt dies nicht bloss für die Mitglieder eines Kollegialgerichts sondern auch für den Amtsrichter. Ebenso hat wenn ein Richter der Meinung ist, er sei gesetzlich ausgeschlossen, das zuständige Gericht darüber zu entscheiden, ob dessen Auffassung als richtig erscheint. Es muss dieser, wenn seine Bedenken für unbegründet erklärt werden, obgleich er sich für ausgeschlossen hält sein Richteramt ausüben. Nach den Motiven (419) wurde die in anderen Prozessordnungen enthaltene Vorschrift: „dass der Richter sich ohne Angabe von Gründen des Richteramts enthalten dürfe, wenn er auf seinen Diensteid versichere, dass Gründe vorliegen, welche seine Ablehnung rechtfertigen würden“, nicht aufgenommen: „weil es hienach dem subjektiven Ermessen des Richters anheimgestellt wäre ob er in der einzelnen Sache Recht sprechen wolle oder nicht.“ Dieses „subjektive Ermessen“ muss aber auch dann ausgeschlossen sein, wenn ein Ausschliessungsgrund behauptet wird.

2) Handelt es sich lediglich um Befangenheit so kann das zuständige Gericht, sofern ein Ablehnungsgesuch nicht vorliegt, nur durch den Richter selbst und zwar nur durch eine förmliche Anzeige, nicht durch eine gesprächsweise gemachte Aeusserung desselben mit der Sache befasst werden. Liegt weder eine Ablehnung durch eine Partei noch eine Selbstablehnung vor so ist das Gericht nicht befugt, eine Entscheidung bezüglich des Ablehnungsgrundes zu treffen. Ob ein Richter diese Anzeige machen und dadurch eine Entscheidung herbeiführen

will, ist im Allgemeinen seinem Ermessen überlassen. (K. 511). Auch wenn der Richter die im § erwähnte Anzeige macht ist er nicht verpflichtet, sich darüber auszusprechen ob er die Ablehnung für gerechtfertigt hält. Weil man ihm eine derartige Erklärung nicht zumuthen wollte, wurde die Fassung: „wenn ein Richter dafür hält, dass seine Ablehnung gerechtfertigt sein würde", geändert. (K. 14 u. 511.) Dass die Parteien im Falle des § 48 vor der Entscheidung gehört werden hat darin seinen Grund, dass von ihrer Seite ein förmlicher Einwand nicht erhoben wurde. Die Zustellung des ergehenden Beschlusses an die Parteien ist nicht erforderlich. Eine dienstliche Aeusserung des Richters, dessen Ausschliessung in Frage steht, ist in allen Fällen zu erholen (§ 44 Abs. 3); ja sie wird hier in der Regel die Grundlage der Entscheidung bilden. Das erkennende Gericht ist aber an die Auffassung des betreffenden Richters nicht gebunden.

§ 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

(E. § 49. M. 419. K. 14.)

1) Mit Rücksicht auf die wichtigen Verrichtungen, welche dem Gerichtsschreiber zugewiesen sind, ist dieser in denselben Fällen von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen und kann aus denselben Gründen abgelehnt werden, bezüglich deren dies bei dem Richter der Fall ist. Es kommen also die §§ 41 u. 42, auch soweit es sich um diesen Beamten handelt, zur Anwendung. Da der Gerichtsschreiber bei der „Erlassung" des Urtheils nicht mitwirkt (v. §§ 280—287), kann jedoch § 41 Z. 6 nur dann Anwendung finden wenn derselbe in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren als Richter mitgewirkt hat, nicht wenn derselbe hiebei als Gerichtsschreiber thätig war. Auch kann wenn der Gerichtsschreiber, obgleich er als solcher ausgeschlossen oder seine Ablehnung für begründet erklärt war, in Thätigkeit verblieb die Entscheidung nicht nach §§ 513 Z. 2 und 542 Z. 2 und 3 durch Revision oder Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden weil dort vorausgesetzt wird, dass ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, der nicht hätte mitwirken dürfen. Es verhält sich vielmehr bezüglich der von dem Gerichtsschreiber entwickelten Thätigkeit ebenso wie hinsichtlich derjenigen richterlichen Handlungen, die nicht als eine Mitwirkung bei der Entscheidung anzusehen sind. Die Revision nach der allgemeinen Vorschrift des § 511 würde dann begründet sein wenn nachgewiesen werden könnte, dass die Entscheidung auf der Gesetzesverletzung beruht. [1]) Andere als die in den §§ 41 u. 42 angeführten Gründe rechtfertigen eine Ausschliessung oder Ab-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 38; Seuffert S. 47; Hellmann Bd. I S. 184; von Sarwey Bd. I S. 96; Gaupp Bd. I S. 153. A. M. ist Kleiner Bd. I. S. 269.

lehnung des Gerichtsschreibers nicht. Die Verwandtschaft desselben mit dem Richter als Ausschliessungsgrund aufzustellen, wurde absichtlich unterlassen, „da die Amtspflichten des Gerichtsschreibers ihre Spitze nicht in einer Kontrole des Richters haben." (M. a. a. O.) Gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft wurde ein Ablehnungsrecht für unnöthig gehalten: „weil die Organisation der Staatsanwaltschaft es gestattet, dass in den Fällen, in denen im Civilprozess deren Mitwirkung erfordert wird, mit den Funktionen des Staatsanwalts ein völlig unbetheiligter Beamter betraut wird, ohne dass es eines förmlichen Verfahrens hiefür bedarf." (M. 419.) Was die Gerichtsvollzieher anbelangt so stellt § 156 G.-V.-G. einige Ausschliessungsgründe auf, welche denen des § 41 Nr. 1—3 entsprechen. Eine Ablehnung derselben wegen Befangenheit kennt die C. P. O. nicht.

ZWEITER ABSCHNITT.

Parteien.

Erster Titel.

Prozessfähigkeit.

(§§ 50—55.)

Vorbemerkungen.

Die „Prozessfähigkeit" steht im engsten Zusammenhang mit der Handlungs- und Verfügungsfähigkeit, welche einer Person im Allgemeinen zukommt. Im h. E. war dieselbe als „gerichtliche Handlungsfähigkeit" bezeichnet; es wurde dieser Ausdruck aber schon bei Aufstellung des n. E. durch den Ausdruck „Prozessfähigkeit" ersetzt. Da die Handlungs- und Verfügungsfähigkeit im Allgemeinen durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts geregelt wird, verweist § 50 ausdrücklich auf dasselbe Auch wurde in den Motiven (419) bemerkt: „Die Prozessfähigkeit ist ein Ausfluss der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit. Wer handlungs- und dispositionsfähig ist, bestimmt das bürgerliche Recht. Die Vorschriften desselben ergeben daher, wer als prozessfähig betrachtet werden muss." An diesem Grundsatz glaubte aber der Gesetzgeber nur festhalten zu dürfen, „soweit nicht wichtige Interessen des Rechtsverkehrs zur Herbeiführung der Rechtseinheit in Deutschland Ausnahmebestimmungen erfordern." Derartige Ausnahmen sind im § 51 aufgestellt. Ausserdem werden in den § 52 u. 53 bezüglich der Ermächtigung zur Prozessführung und der Prozessfähigkeit der Ausländer besondere Vorschriften getroffen; sodann wird in § 54 die Frage geregelt, in welcher Weise der Mangel der Prozessfähigkeit etc. geltend zu machen ist, und in § 55 für den Fall, dass einer prozessunfähigen Partei, die verklagt werden

soll, ein gesetzlicher Vertreter fehlt, Vorsorge getroffen, dass derselben ein „Litiskurator" bestellt werden kann.

Bezüglich der Frage, welches örtliche Recht in Beziehung auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer bestimmten Person entscheidend ist, besteht heute kaum mehr Streit darüber, dass im Allgemeinen das Recht des Ortes gilt, an dem diese Person ihren Wohnsitz hat. V. Savigny: System Bd. VIII § 362 S. 134 ff.; Förster: pr. Privatrecht Bd. I § 11 S. 51 ff.; Unger: östr. Privatrecht, Bd. I § 23 S. 163 ff.; Paul Roth: bayer. Civilrecht Bd. I § 16. S. 136 u. ff. und die dort angeführten Schriftsteller. Sofern eine Person dem Staate angehört in dem sie ihren Wohnsitz hat, werden also kaum Zweifel entstehen. Wohl aber besteht Streit und bestehen verschiedene Vorschriften darüber ob, sofern dies nicht der Fall ist, das Recht des Wohnortes oder das des Heimathstaats massgebend ist. Die C.-P.-O. hat zwar bezüglich der Prozessfähigkeit der Ausländer in § 53 eine besondere Vorschrift erlassen; dessenungeachtet ergeben sich aber in mehrfacher Beziehung Zweifel. (V. § 53 Bem. 2—4.)

§ 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozessfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozessführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

(E. § 50. M. 419 ff. K. 23, 511 u. 512.)

I. Prozessunfähigkeit.

1) Es ist zu unterscheiden zwischen der „Parteifähigkeit" d. h. der Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden, welche in Frage kommt wenn es sich darum handelt ob eine Mehrheit von Personen oder eine Vermögensmasse die Rechte einer juristischen Person hat oder derselben wenigstens in Beziehung auf die Prozessführung gleichgestellt ist und der Prozessfähigkeit, von der hier gehandelt wird. Diese letztere oder die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen (legitima persona standi in judicio) liegt nicht schon dann vor wenn die Parteifähigkeit vorhanden ist, fehlt vielmehr regelmässig da wo diese (wie bei juristischen Personen etc.) nur kraft einer besonderen gesetzlichen Bestimmung gegeben ist. Sie fehlt überall wo die Partei nicht selbst sondern nur durch einen „gesetzlichen Vertreter" handeln kann, dem die Aufgabe zufällt, die Partei entweder selbst vor Gericht zu vertreten oder für sie einen Prozessbevollmächtigten zu bestellen. Die Frage ob eine Partei prozessfähig ist oder eines „gesetzlichen Vertreters" bedarf, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu bestimmen, sofern in der C.-P.-O. nichts Anderes bestimmt ist. Uebrigens

kennt die C.-P.-O. nur Parteien, welche vollständig und solche, welche gar nicht prozessfähig sind sondern einen gesetzlichen Vertreter nöthig haben, während nach dem bürgerlichen Recht häufig gewisse Personen zwar nicht einer Vertretung wohl aber der Mitwirkung einer gewissen Person (eines Kurators u. s. w.) bedürfen. Hieraus ergeben sich Schwierigkeiten bezüglich der gesetzlichen Vertretung. (V. Bem. zu § 51.) In den Motiven (421) wurde bemerkt: „nach den Grundsätzen des Entwurfs seien als nicht prozessfähig anzusehen:

„1. die physischen Personen, welche keinen Willen haben, wie Kinder, Geisteskranke etc.;

2. die physischen Personen, welche willensfähig sind aber welche keine oder nur eine beschränkte Dispositionsbefugniss haben (s. jedoch § 51 Abs. 1), also minderjährige Hauskinder, Verschwender, die minderjährigen Emancipirten des französischen Rechts und alle Personen, welche aus irgend einem Grunde unter Vormundschaft (Tutel oder Kuratel) stehen, und ohne Vormund, Kurator etc. nicht handeln können;

3. die juristischen Personen und die Personenvereine und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können."

2) Die „Prozessfähigkeit" macht sich vor Allem darin geltend, dass die Partei selbst oder durch einen von ihr bestellten Prozessbevollmächtigten im Termin erscheinen und rechtswirksame Erklärungen abgeben kann, also in dieser Beziehung eines „gesetzlichen Vertreters" nicht bedarf. Dieselbe wird aber auch zu anderen Prozesshandlungen vorausgesetzt, die ausserhalb der mündlichen Verhandlung vorgenommen werden. Insbesondere kann eine Partei, der die Prozessfähigkeit fehlt, auch nicht Schriftstücke einreichen oder durch einen Bevollmächtigten einreichen lassen, sondern müssen solche Schriften vom gesetzlichen Vertreter ausgehen bezw. in dessen Namen vom Prozessbevollmächtigten eingereicht werden. Auch wo es sich wie bei Empfangnahme von Zustellungen um ein mehr passives Verhalten handelt, wird die Prozessfähigkeit vorausgesetzt und sind desshalb Zustellungen, welche einer nicht prozessfähigen Person (statt deren gesetzlichen Vertreter) gemacht wurden, als unwirksam anzusehen. (§ 157.)

II. Gesetzliche Vertreter.

Wie bezüglich der Frage ob eine Person prozessfähig ist, so verweist die C.-P.-O. auch hinsichtlich der Frage, wer als „gesetzlicher Vertreter" einer nicht prozessfähigen Person zu betrachten ist, auf das bürgerliche Recht. Ja es gilt dieses hier unbedingt, da die §§ 51 u. 52 in dieser Richtung keine Ausnahmen aufstellen. Die Befugnisse der „gesetzlichen Vertreter", die man durch diese Bezeichnung von den übrigen Vertretern der Partei insbesondere von den Prozessbevollmächtigten unterscheiden wollte, leiten sich übrigens nicht immer unmittelbar aus einem Gesetz ab, sondern können auch auf Statut oder Vertrag beruhen. Die gesetzlichen Vertreter sind nicht blosse Prozessbevollmächtigte und ihre Befugnisse desshalb nicht nach den §§ 74 ff. zu beurtheilen; vielmehr haben sie im Wesentlichen dieselben Rechte und Pflichten, die der Partei selbst in prozessualischer Beziehung zugewiesen sind. Dieser Satz ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen; er ergibt sich aber aus der Natur der Sache

von selbst. In den Motiven (421) wurde gesagt: „der gesetzliche Vertreter hat im Allgemeinen und soweit nichts Abweichendes vorgeschrieben ist, die Befugnisse und Pflichten einer Partei, oder steht dieser gleich und ist wie sie zu allen Prozesshandlungen befugt, soweit das Gesetz nichts Anderes bestimmt.“ An den gesetzlichen Vertreter werden desshalb (nach § 157) die für die Partei bestimmten Zustellungen gemacht. Er vertritt dieselbe vor Gericht oder bezeichnet den Bevollmächtigten, dem er die Vertretung übertragen will derart, dass eine Versäumung die ihm zur Last fällt (nach § 210) als unverschuldete nicht angesehen wird. Vom gesetzlichem Vertreter sind die Eide zu leisten, welche der Partei zugeschoben oder vom Gericht auferlegt werden. (§§ 435—439 und 391.) Endlich wird durch seinen Tod oder das Aufhören der Vertretungsbefugniss das Verfahren ebenso unterbrochen, wie es der Fall ist wenn eine prozessfähige Partei stirbt oder die Prozessfähigkeit verliert. (§ 219.)

III. Ermächtigung zur Prozessführung.

Personen, welche prozessfähig sind, bedürfen einer Ermächtigung zur Prozessführung in keinem Falle. Soweit die Landesgesetzgebung für Prozesse der Ehefrau die Ermächtigung des Ehemannes verlangte, sind deren Vorschriften sonach aufgehoben. [1]) Hinsichtlich der Frage ob der gesetzliche Vertreter einer nicht prozessfähigen Partei zur Prozessführung einer besonderen Ermächtigung bedürfe, wird in § 50 auf das bürgerliche Recht verwiesen; dessen Geltung wird jedoch durch § 52 erheblich beschränkt. Fehlt die Ermächtigung zur Prozessführung, so ist dieser Mangel (nach § 54) ebenso zu berücksichtigen wie der Mangel der Prozessfähigkeit oder eines gesetzlichen Vertreters. Es muss desshalb wenn der gesetzliche Vertreter des Klägers die nach bürgerlichem Recht erforderliche Ermächtigung nicht beibringen kann, die Klage ebenso durch Versäumnissurtheil zurückgewiesen werden, wie wenn eine nicht prozessfähige Person klagt oder der angebliche gesetzliche Vertreter sich nicht als solcher zu legitimiren vermag. (V. Bem. I. 4 zu § 54.) Fehlt dagegen dem gesetzlichen Vertreter der verklagten Partei die Ermächtigung zur Prozessführung, so kann dies den Kläger nicht hindern, diesem gemäss § 157 die Klage zustellen zu lassen und es ist dessen Sache, sich die etwa zur Durchführung der Vertheidigung nothwendige Ermächtigung zu verschaffen. Die Frage ob eine Zustellung in rechtswirksamer Weise erfolgte ist nach der C.-P.-O., nicht nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Nach § 157 erfolgt aber die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter unter allen Umständen gültig ob derselbe zur Prozessführung ermächtigt ist oder nicht. Wenn der gesetzliche Vertreter nicht erscheint bezw. keinen Anwalt aufstellt, so ist, sofern die Klageschrift richtig zugestellt wurde, Versäumnissurtheil zu erlassen. Dies geht schon daraus hervor, dass auch wenn der gesetzliche Vertreter auftreten würde und die Ermächtigung nicht beibringen könnte schliesslich ein Versäumnissurtheil erlassen werden müsste und der Beklagte, dessen Vertreter nicht erscheint, nicht besser gestellt sein kann als derjenige Beklagte, dessen

[1]) V. von Sarwey Bd. I S. 99; Gaupp Bd. I S. 166; Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 412. A. M. ist Endemann Bd I S. 314.

gesetzlicher Vertreter auftritt, eine Ermächtigung zur Prozessführung aber nicht vorlegen kann. (V. Bem. 4 zu § 54.) Aber es leuchtet auch ein, dass der Kläger, der nur wenn ein gesetzlicher Vertreter fehlt die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 55 beantragen kann, nicht unter dem Mangel der Ermächtigung leiden darf. In der J.-K. wurde zwar von Gaupp die Ansicht ausgesprochen, in Ländern in welchen der Vormund ohne obervormundschaftliche Ermächtigung überhaupt nicht prozessfähig sei, werde der Gegner auf Grund einer Zustellung an den Vormund kein Versäumnissurtheil erwirken können. Sowohl Gaupp wie von Amsberg, der auf die Abhülfe der Landesgesetzgebung verwies, haben aber übersehen, dass die Gültigkeit der Zustellung nach § 157 zu beurtheilen ist. [1]) Der aufgestellte Satz gilt übrigens nur da, wo es sich um eine für den gesetzlichen Vertreter des **Beklagten** erforderliche Ermächtigung zur Prozessführung handelt, nicht wo nach der Landesgesetzgebung der **Kläger**, ehe er gewisse prozessunfähige Personen (Gemeinden etc.) verklagen will, die Genehmigung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde erholen muss. (§ 54 Bem. I. 4.)

§ 51.

Eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozessfähigkeit einer grossjährigen Person wird dadurch, dass sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozessfähigkeit einer Frau dadurch, dass sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozessführung keine Anwendung.

(E. § 51. M. 419. K. 23.)

Von dem in § 50 aufgestellten Grundsatze werden in § 51 nach drei verschiedenen Richtungen Ausnahmen aufgestellt und in dieser Weise Bestimmungen getroffen, welche die Prozessfähigkeit in durchgreifender Weise ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht regeln.

I. Einfluss der Fähigkeit, Verträge zu schliessen auf die Prozessfähigkeit.

1) In Anlehnung an Art. 1 der deutschen Wechselordnung bestimmt Abs. 1 des §, dass jede Person **insoweit** prozessfähig ist als sie sich durch Verträge verpflichten kann und verleiht dadurch denjenigen Personen die Prozessfähigkeit,

[1]) V. auch Puchelt Bd. I S. 226; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 47; Seuffert S. 50 Bem. 4; Endemann S. 314 Bem. III; Kleiner Bd. I S. 279; Hellmann I S. 195; Gaupp Bd. I S. 167 ff.; Bolgiano, Handbuch S. 117; würt. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 113. A. M. sind Reinicke-Bödiker S. 24 u. v. Sarwey Bd. I S. 99 ff. Bem. 3. Der von letzterem angegebene Grund wenn der Vormund, dem die Ermächtigung fehle, erscheine, könne nach § 300 Nr. 1 ein Versäumnissurtheil nicht erlassen werden, erscheint nicht als zutreffend.

welche zwar im Allgemeinen unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft etc. stehen, sich aber durch Verträge bestimmter Art verpflichten können. Es kann also eine Person, welche einen bestimmten Vertrag gültig abschliessen kann, auch wegen der auf diesen Vertrag bezüglichen Verbindlichkeiten selbständig klagen und verklagt werden, ohne dass deren gesetzlicher Vertreter hiebei mitzuwirken hat. Dagegen fehlt ihr bezüglich derjenigen Verträge, die sie nicht selbständig abschliessen kann, auch die Prozessfähigkeit. Ist die Vertragsfähigkeit in der Weise beschränkt, dass eine Person gewisse Verträge nur unter Mitwirkung des Kurators bezw. Beistands gültig abschliessen kann, so kann sie auch ohne Zuziehung dieses Kurators etc. keinen Prozess führen. [1]) Sie kann nicht als prozessfähig angesehen werden, denn sie kann für sich allein Verträge nicht in gültiger Weise abschliessen. Man kann aber auch nicht sagen, dass eine Person dieser Art den Prozess selbst unter Mitwirkung des Kurators oder Beistands führen könne, denn die C.-P.-O. kennt nur solche Personen, welche vollständig prozessfähig sind d. h. ihre Prozesse selbst führen und solche, welche hiezu nicht befähigt sind, sondern eines „gesetzlichen Vertreters" bedürfen. Emancipirte Minderjährige im Sinne des Code civil und Personen, denen ein Beistand gegeben ist, sind hienach nicht als prozessfähig anzusehen sondern es kann nur ein gesetzlicher Vertreter für sie den Prozess führen. Als gesetzlicher Vertreter müsste an sich der Kurator fungiren. Nach dem Code civil kommt demselben aber nicht die Stellung eines „Vertreters" zu. [2]) Solange die Landesgesetzgebung nicht Abhülfe geschaffen hat wird also, wenn eine solche Person verklagt werden soll, nichts übrig bleiben, als dass der Familienrath einen besonderen gesetzlichen Vertreter bestellt. Soll ein emancipirter Minderjähriger u. s. w. verklagt werden, so kann § 55 analoge Anwendung finden, da die betr. Person prozessunfähig ist und doch einen gesetzlichen Vertreter nicht hat.

Wer sich in ganz allgemeiner Weise durch Verträge verpflichten kann, ist auch als unbedingt prozessfähig anzusehen, derart dass er auch in Prozessen über andere als Vertragsverhältnisse (Statusklagen, Entschädigungsansprüche aus Delikten u. s. w.) eines gesetzlichen Vertreters nicht bedarf. Wenn aber nach dem bürgerlichen Recht die Fähigkeit, Verträge zu schliessen sich auf einzelne Verträge bestimmter Art beschränkt also nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit vorliegt, kann die betr. Person auch nur in Beziehung auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten als prozessfähig gelten, welche sich auf solche Verträge beziehen. (V. 419; n. E. § 82.) [3])

II. Prozessfähigkeit der grossjährigen Hauskinder und der Ehefrauen.

1) Nach § 51 Abs. 2 wird die Prozessfähigkeit grossjähriger Personen

[1]) Derartige Vorschriften bestehen nach französischem Recht (Art. 482 und 513 C. c.) bez. der emancipirten Minderjährigen und derjenigen Personen, welchen wegen Geistesschwäche oder Verschwendung ein gerichtlicher Beistand bestellt wurde.

[2]) V. auch Fitting im Archiv für civilist. Praxis Bd. I S. 409 ff.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 47 Bem. 1; Puchelt § 51 Bem. 3 Bd. I S. 229; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 75; Endemann Bd. I S. 315; Kleiner Bd. I S. 284; Gaupp Bd. I S. 170 Bem. III.

nicht dadurch beschränkt, dass sie unter väterlicher Gewalt stehen und ebenso kann eine Frau, die an sich prozessfähig ist, diese Fähigkeit nicht dadurch verlieren, dass sie verheirathet ist. Die väterliche Gewalt über grossjährige Hauskinder und die eheherrliche Gewalt haben also, soweit es sich um die Prozessfähigkeit handelt, keinen Einfluss mehr und es sind die entgegenstehenden Vorschriften des bürgerlicheu Rechts aufgehoben. Es wird nicht bloss den grossjährigen Hauskindern und Ehefrauen ein Recht eingeräumt, von dem sie nach Belieben Gebrauch machen können oder nicht, sondern es wird die Prozessfähigkeit in durchgreifender Weise geregelt. Wo bisher das bürgerliche Recht dem Hausvater oder Ehemann das Recht der gerichtlichen Vertretung einräumte, haben demnach das Hauskind und die Ehefrau nicht etwa die Wahl ob sie selbst den Prozess führen oder den Vater bezw. Ehemann auftreten lassen wollen, was wegen einer zu erwartenden Eideszuschiebung bequem sein könnte, sondern es müssten der Vater und Ehemann wenn sie als gesetzliche Vertreter auftreten wollten zurückgewiesen werden.[1]) Hinsichtlich der Ehefrau ergibt sich aus der Vorschrift des § nicht, dass sie unter allen Umständen, auch wenn sie bei der Verheirathung das Alter der Grossjährigkeit noch nicht erreicht hat, als prozessfähig anzusehen ist. Vielmehr ist die Frage ob eine Minderjährige durch die Verheirathung grossjährig wird auch fernerhin nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Nur diejenigen Vorschriften, nach welchen die Frau gerade weil sie verheirathet ist und vermöge der dem Ehemann zustehenden eheherrlichen Gewalt als prozessunfähig behandelt wird, haben keine Geltung mehr. Hierher gehört die Vorschrift des französischen Civilrechts (Art. 215 c. c.), nach welcher die Ehefrau ohne Ermächtigung des Ehemanns nicht vor Gericht stehen kann.

2) Soweit es sich um andere Fragen als um die Prozessfähigkeit handelt, will § 51 nicht in das bürgerliche Recht eingreifen. Vielmehr bleiben die Beschränkungen, welche sich aus der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt in anderer Beziehung besonders bezüglich der Berechtigung zur Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte ergeben, in voller Wirksamkeit. Auch hat § 51 keinen Einfluss auf die Frage ob und inwieweit die Urtheile, welche gegen das Hauskind bezw. die Ehefrau ergangen sind, gegen den Vater bezw. Ehemann vollstreckt werden können. (M. 420.)

Grossjährige Hauskinder und Ehefrauen sind zwar prozessfähig und bedürfen in allen Prozessen, in denen sie als Kläger oder Verklagte auftreten, weder einer Vertretung noch einer Verbeistandung. Dagegen bleiben die Beschränkungen, welche das bürgerliche Recht bezüglich ihrer Verfügungsbefugnisse enthält, materiell in Wirksamkeit. Es können hienach die Rechte bezw. Einwendungen, welche sich aus diesen Beschränkungen ergeben, sowohl von den Hauskindern und Ehefrauen selbst, soweit diese nach bürgerlichem Recht hiezu befugt sind, als von den Vätern bezw. Ehemännern vor Gericht geltend gemacht werden. Es sind den letzteren gegenüber, falls sie nicht zum Prozess beigezogen wurden, die ergangenen Entscheidungen insofern unwirksam als dieselben nicht ungeachtet der ihnen zustehenden Ansprüche (z. B. ihres Nutzniessungsrechts)

[1]) A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 76.

gegen sie vollstreckt werden können. Für Gläubiger, welche gegen ein Hauskind oder eine Ehefrau Klage erheben und Ansprüche geltend machen, welche nur verwirklicht werden können, wenn sie auch dem Vater bezw. Ehemann gegenüber Anerkennung finden, empfiehlt es sich daher, diese von vornherein in den Prozess hereinzuziehen. Den letzteren steht übrigens auch das Recht zu, sofern es sich um eine von ihnen in Anspruch genommene Sache handelt oder sie ein rechtliches Interesse am Sieg des Hauskinds bezw. der Ehefrau haben, in den Prozess zu interveniren. In den Motiven (420) wurde in dieser Beziehung gesagt: „Eine Vervielfältigung der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften nicht zu erwarten, weil die Institute der Intervention und Streitverkündung die Möglichkeit gewähren, den Hausvater bezw. Ehemann an dem Prozesse zu betheiligen."

III. Geschlechtsvormundschaft.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft, welche ohnedies fast gänzlich vom deutschen Boden verschwunden ist, finden nach Abs. 3 auf die Prozessführung keine Anwendung. Wo unverheirathete Frauenzimmer als solche noch unter einer besonderen Vormundschaft stehen, sind sie dessenungeachtet prozessfähig. Dagegen bleibt es im Uebrigen bezüglich der Verfügungsfähigkeit derselben bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts und können die Einwendungen, welche sich aus demselben bezüglich der Gültigkeit eines Vertrags etc. ergeben, geltend gemacht werden ohne dass § 51 Abs. 3 im Wege steht.

§ 52.

Einzelne Prozesshandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozessführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozessführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.

(E. § 52. M. 421. K. 23.)

1) Ob der gesetzliche Vertreter zur Prozessführung einer Ermächtigung (durch die Obervormundschaftsbehörde, Generalversammlung, die Verwaltungsbehörde etc.) bedarf, ist nach § 50 im Allgemeinen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Jedoch gibt § 52 in einer bestimmten Richtung bindende Vorschriften. Alle Beschränkungen, welche das bürgerliche Recht, sei es ein inländisches oder ausländisches, dem gesetzlichen Vertreter bezüglich einzelner Prozesshandlungen (z. B. des Vergleichs, der Eideszuschiebung etc.) auferlegt, sind nach demselben insofern unwirksam als eine Zuwiderhandlung nicht die Ungültigkeit der Prozesshandlung zur Folge hat. Das Gesetz spricht zwar bloss von den Fällen, in welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts für einzelne Prozesshandlungen eine besondere Ermäch-

tigung vorgeschrieben ist; es ist aber selbstverständlich, dass wenn zwar gesetzlich nur eine allgemeine Ermächtigung vorgesehen ist, diese aber bei der Ertheilung an gewisse Bedingungen geknüpft oder für bestimmte einzelne Prozesshandlungen (z. B. den Vergleich, die Eideszuschiebung) versagt oder von Einholung einer besonderen Genehmigung abhängig gemacht wurde, diese Beschränkungen gleichfalls unwirksam und die ungeachtet derselben vorgenommenen Prozesshandlungen als gültig anzusehen sind. Das Gesetz will, wie auch in den Motiven (421) hervorgehoben wurde, dass die Ermächtigung nur im Allgemeinen gegeben oder versagt werden oder dass doch die Vorschrift einer besonderen Ermächtigung dem Gegner gegenüber nicht wirksam sein soll. (V. Bem. 2.) Auch können wenn selbst die gesetzlichen Bestimmungen, welche für einzelne Prozesshandlungen eine besondere Ermächtigung vorschreiben, unwirksam sind, die Beschränkungen, welche die Obervormundschaftsbehörde oder Verwaltungsbehörde etc. bezüglich einzelner Prozesshandlungen auferlegt, keine grössere Wirksamkeit beanspruchen.

2) Der im § enthaltene Satz beruht wie § 79 und Art. 43 H.-G.-B. auf dem Grundsatz: „dass nach Aussen hin d. h. dritten Personen gegenüber im Interesse des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation und der Vertretungsbefugniss unzulässig sind mögen sie auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört.“ (M. 421.) Wenn auch § 52 anders gefasst ist als § 79 und die ohne besondere Ermächtigung vorgenommenen Prozesshandlungen einfach für gültig erklärt, ist derselbe desshalb doch nur auf das Verhältniss zwischen den prozessführenden Parteien unter einander, nicht auf das Verhältniss zwischen der prozessunfähigen Partei und ihrem gesetzlichen Vertreter zu beziehen. Die von diesem vorgenommenen Prozesshandlungen sind, sofern er im Allgemeinen zur Prozessführung ermächtigt war oder einer solchen Ermächtigung nicht bedurfte, gültig und unanfechtbar; sie haben, soweit es sich um den Prozess selbst handelt, dieselbe Wirkung, als ob eine besondere Ermächtigung nicht nothwendig oder als ob sie nachgesucht und ertheilt worden wäre. Der eigenen Partei gegenüber ist der „gesetzliche Vertreter“, der einer ihm durch das Gesetz auferlegten Verpflichtung zuwidergehandelt hat, für den dadurch erwachsenen Schaden nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts verantwortlich. Dieselbe Verantwortlichkeit trifft ihn wenn er der ihm in rechtsverbindlicher Weise von der Behörde, welche die Prozessermächtigung zu ertheilen hat, bezw. von der Generalversammlung etc. ertheilten Anweisung zuwiderhandelte.

§ 53.

Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozessfähigkeit mangelt, gilt als prozessfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozessgerichts die Prozessfähigkeit zusteht.

(E. § 53. M. 421. K. 23 ff.)

1) Bezüglich der im § enthaltenen Vorschrift wurde in den Motiven (421) gesagt: „Der § 53 erweitert im Anschluss an § 35 der Einleitung zum preussischen allgemeinen Landrecht und an Art. 84 der Wechselordnung die Prozessfähigkeit des Ausländers dergestalt, dass es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Rechte seines Landes oder nach dem Rechte am Orte des Prozessgerichtes prozessfähig ist. Gericht und Gegner werden durch diese Vorschrift in der Regel hinsichtlich der Prozessfähigkeit der Nachforschung nach dem fremden Rechte überhoben sein.“ Es ist hienach klar, dass die Prozessfähigkeit des Ausländers in keinem Falle eingeschränkt werden soll sondern sich unbedingt nach dem massgebenden ausländischen Rechte richtet, sofern derselbe nach diesem prozessfähig ist. Nur wenn ihm nach dem Rechte seines Landes die Prozessfähigkeit mangelt, nach dem Rechte des Prozessgerichts dagegen zusteht, findet dieses letztere Recht Anwendung. Alle Umstände, welche nach dem am Orte des Prozessgerichts geltenden Rechte (sei dieses im einzelnen Fall die C.-P.-O. oder das bürgerliche Recht) für die diesem Recht unterworfenen Inländer die Prozessfähigkeit nicht aufheben, haben hienach auf die Prozessfähigkeit des Ausländers keinen Einfluss. Auch wenn eine Prozesshandlung (z. B. eine Eidesleistung) im Ausland vorgenommen werden soll ist die Prozessfähigkeit nach § 53 zu beurtheilen, da diese sich nicht nach dem Rechte des Orts, wo eine bestimmte Handlung vorgenommen werden soll sondern nach dem Rechte des Wohnorts der betr. Person richtet, an dessen Stelle aber nach § 53 das am Orte des Prozessgerichts geltende Recht tritt, sofern dasselbe der Prozessfähigkeit günstiger ist. (Vorbem. u. Bem. 5.)

2) Da § 53 bloss von dem Mangel der Prozessfähigkeit spricht und Ausnahmebestimmungen nicht auszudehnen sind, muss die Frage ob der gesetzliche Vertreter einer prozessunfähigen Partei einer Ermächtigung zur Prozessführung bedarf, regelmässig nach dem dessen Befugnisse regelnden ausländischen Rechte beurtheilt werden und kann § 53 nicht auch in dieser Beziehung analoge Anwendung finden wenn eine Ermächtigung nach dem am Orte des Prozessgerichts geltenden Rechte nicht erforderlich ist. Dagegen muss § 52, der in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse unter den Parteien einen durchgreifenden Grundsatz aufstellt, auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Frage ob eine Ermächtigung erfordert wird im Allgemeinen nach ausländischem Recht zu beurtheilen ist.[1])

3) In der J.-K. (24) wurde von Wolffson die Frage angeregt: „ob für einen Ausländer, der nach inländischem Rechte prozessfähig nach dem Rechte seines Heimathsstaates nicht prozessfähig sei und dem desshalb im Ausland ein Vormund bestellt worden, dieser Vormund im Inlande Klage erheben könne?“ Die Kommission wollte jedoch bezüglich dieser Frage keine Entscheidung treffen sondern beschloss, dieselbe der Praxis zu überlassen. Der hierauf von Wolffson beantragte Zusatz: „Der Eintritt des gesetzlichen Vertreters in den Prozess wird durch den Paragraphen nicht ausgeschlossen“ wurde abgelehnt, nachdem derselbe als überflüssig bezeichnet und bemerkt worden war: „wie es sich von

[1]) V. Gaupp Bd. I S. 181; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 44.

selbst verstehe, dass der Vormund als Assistent zugelassen werden müsse.“ Es sind hienach zwei Fragen zu entscheiden, nämlich:

a. ob der Vormund eines nach § 53 prozessfähigen Ausländers statt desselben im Inland Klage erheben kann?

b. ob derselbe wenigstens berechtigt ist, in den Prozessen seines Mündels neben demselben aufzutreten?

Zu a. Die erste Frage muss nach Wortlaut und Geist des Gesetzes verneint werden. Im Allgemeinen kann für eine Person, welche prozessfähig ist und desshalb selbst zu entscheiden hat ob sie einen Prozess unternehmen und wie sie denselben durchführen will, nicht eine andere Person als gesetzlicher Vertreter auftreten. Einen solchen Vertreter hat eben die prozessfähige Partei nicht und darin, dass sie eines solchen nicht bedarf, besteht ihre Prozessfähigkeit. Der Ausländer, bezüglich dessen die Voraussetzungen des § 53 vorliegen, ist innerhalb des deutschen Reichs als prozessfähig zu behandeln und wenn das Gesetz nur bestimmt, dass er „als prozessfähig gilt“, nicht dass er prozessfähig ist, so soll damit offenbar nicht gesagt sein, dass er sich nach seinem Belieben als prozessfähig oder als nicht prozessfähig betrachten könne. Diese Fassung soll lediglich klarstellen, dass die C.-P.-O. nicht dessen Prozessfähigkeit im Allgemeinen regeln sondern bloss feststellen will wie es zu halten ist, wenn derselbe innerhalb des deutschen Reichs in einem Prozess als Partei auftritt. Es würde hienach ein innerer Widerspruch vorliegen und würde die grösste Verwirrung entstehen, wollte man einen solchen Ausländer wenn er selbst auftritt als prozessfähig behandeln, dagegen wenn der Vormund Klage erhebt, auch diesen zulassen. Wollte man so verfahren, so müsste man folgerichtig dem Vormund auch wenn sein Mündel verklagt wird das Recht einräumen, diesen zu vertreten, d. h. statt desselben zu erscheinen. Ja es wäre nicht abzusehen, warum wenn der Vormund berechtigt wäre, ungeachtet der Vorschrift des § 53 als gesetzlicher Vertreter aufzutreten, der inländische Gegner nicht das Recht haben sollte, darauf zu bestehen, dass dieser, mit dem der Kläger vielleicht das in Frage stehende Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, auch wirklich die gesetzliche Vertretung übernehme. Die Annahme, dass die ausländische Partei bezw. deren Vormund die Wahl habe ob die erstere sich bei einer von ihr zu erhebenden Klage gemäss den Vorschriften des ausländischen Rechts als prozessunfähig betrachte und durch den Vormund vertreten lasse oder unter Berufung auf § 53 als prozessfähig gebahre, ist nach Wortlaut und Grund des Gesetzes ausgeschlossen. Dieses sagt nicht, dass der Ausländer wenn er nach dem am Prozessgericht geltenden Rechte prozessfähig sei selbst vor Gericht auftreten dürfe, sondern stellt in allgemeiner Weise den Satz auf: dass derselbe als prozessfähig gilt, wenn ihm nach dem Rechte des Prozessgerichts die Prozessfähigkeit zusteht. Es ist desshalb unstatthaft, eine Unterscheidung in das Gesetz hereinzutragen, welche dieses nicht kennt. Zudem würde wenn man den Vormund eines nach § 53 prozessfähigen Ausländers als dessen gesetzlichen Vertreter zulassen wollte, der Gegner und das Gericht regelmässig die Frage prüfen müssen, ob der Kläger nicht auch nach dem Rechte seines Heimathslandes prozessfähig ist und desshalb selbst seinen Prozess führen

kann und muss, welche Prüfung denselben gerade erspart werden soll. Endlich würde nach der hier bekämpften Ansicht der inländische Gegner des Ausländers von der Bestimmung des § 53, die hauptsächlich in seinem Interesse erlassen wurde, keinen Nutzen haben. Vielmehr könnte er durch dieselbe unter Umständen benachtheiligt werden namentlich wenn man annehmen wollte, dass er selbst an die Vorschrift des § 53 gebunden sei, während der Ausländer nach seinem Belieben von derselben Gebrauch machen könnte oder nicht. Es würde ihm dann in dem Prozesse, um den es sich handelt, immer gerade die Person entgegenstellt, deren Stellung die günstigere ist und er könnte dadurch, insbesondere wenn der Vormund als Zeuge vernommen werden soll oder die Entscheidung von einer Eidesleistung abhängt, in seinen Interessen geschädigt werden. Der Zweck des Gesetzes ist gerade der, den Inländer zu begünstigen bezw. gegen Anwendung ausländischen Rechts, das zu kennen er nicht in der Lage ist, sicherzustellen und den Ausländer, dessen Rechtsfähigkeit im Allgemeinen nach dem Rechte seiner Heimath zu beurtheilen ist, in dem Falle der inländischen Gesetzgebung zu unterwerfen, in welchem er nach dieser prozessfähig ist. [1]) Sowie nach den Bestimmungen des preussischen Landrechts und der deutschen Wechsel-Ordnung der Ausländer sich wenn seine materielle Rechtsfähigkeit in Frage steht unter gewissen Verhältnissen gefallen lassen muss, nach inländischem Recht beurtheilt zu werden so soll nach § 53 unter bestimmten Voraussetzungen dasselbe gelten, wenn es sich um die Prozessfähigkeit handelt. In allen diesen Fällen liegt eine Abweichung von den Grundsätzen des sogen. „internationalen Privatrechts" vor, welche in manchen Beziehungen besonders soweit es sich um die Eideszuschiebung handelt bedenklich ist. Aber da der Gesetzgeber einmal den Ausländer unter bestimmten Voraussetzungen der inländischen Gesetzgebung unterwerfen wollte, muss diese Vorschrift auch folgerichtig durchgeführt und die Prozessfähigkeit des Ausländers nach allen Richtungen anerkannt werden. Sowie der Vormund bezw. Hausvater oder Ehemann oder Geschlechtsvormund einer nach § 51 prozessfähigen Person auch wenn ihm nach dem bürgerlichen Recht die Befugniss zur Vertretung vor Gericht zustehen sollte nach dieser Bestimmung nicht mehr als „gesetzlicher Vertreter" angesehen werden kann, obgleich sich an seiner Stellung im Uebrigen nichts geändert hat, so kann auch

[1]) § 35 der Einleitung zum pr. Landrecht sagt: „doch wird ein Fremder, der in hiesigen Landen Verträge über daselbst befindliche Sachen schliesst, in Ansehung seiner Fähigkeit zu handeln, nach denjenigen Gesetzen behandelt nach welchen die Handlung am besten bestehen kann." Dass durch diese Vorschrift gerade der Inländer geschützt und der Ausländer bez. der im Inland eingegangenen Verpflichtungen unter bestimmten Voraussetzungen dem inländischen Recht unterworfen werden soll, ist unbestritten. (V. Savigny System Bd. VIII. § 363 S. 142 ff. und Förster: preuss. Privatrecht I § 11 S. 52.) Bezüglich der Wechsel-Ordnung hat das R.-O.-H.-G. in einem Urtheil vom 26. Juni 1872 (Entscheid. Bd. VI S. 356) ausgesprochen: „Die Vorschrift des § 84 W.-O. beruhe auf dem Grundsatz, dass Angehörige nichtdeutscher Staaten, wenn sie in Deutschland Verbindlichkeiten eingingen, sich nicht auf ihre Handlungsunfähigkeit nach dem Gesetze ihrer Heimath sollten berufen dürfen.

der Vormund des nach § 53 prozessfähigen Ausländers nicht mehr als gesetzlicher Vertreter gelten. [1])

Zu b. Die Beantwortung der Frage ob der Vormund des Ausländers in dessen Prozessen als „Assistent" zugelassen werden müsse, ist zwar nicht so selbstverständlich, wie es in der J.-K. behauptet wurde. An sich braucht sich der Gegner einer prozessfähigen Person nicht ohne Weiteres gefallen zu lassen, dass neben derselben ein Anderer als Beistand auftritt. Aber die Frage wird doch in den meisten Fällen zu bejahen sein weil der Vormund ein rechtliches Interesse daran hat, dass sein Mündel obsiege und desshalb (nach § 63) diesem zu seiner Unterstützung beitreten kann. Derselbe hat an sich die Interessen des Mündels nach allen Richtungen zu wahren und ist für die ganze Geschäftsführung und Vermögensverwaltung verantwortlich. In der Regel wird es sich ausserdem um Rechtsgeschäfte handeln, die er selbst vorgenommen hat oder für die er doch verantwortlich gemacht werden kann und wird er schon wegen seiner eigenen Interessen Veranlassung haben, das Seinige zu thun, um den Verlust des Prozesses abzuwenden. Desshalb und da der Beitritt des Vormunds dem Gegner des Mündels in keiner Weise schaden kann, dieser vielmehr häufig in der Lage sein wird, dem Vormund wenn er nicht freiwillig beitritt, den Streit zu verkünden, wird dessen Intervention kaum jemals beanstandet werden können. Aber derselbe ist wenn er beitritt, nicht als „gesetzlicher Vertreter" seines Mündels zu behandeln, hat vielmehr nur diejenigen Befugnisse, die (nach § 64) dem Nebenintervenienten zustehen. Im Verfahren vor den Amtsgerichten kann der Vormund auch als Beistand (§ 86) auftreten.

4) Als Ausländer im Sinne der C.-P.-O. ist nur derjenige anzusehen, der nicht Angehöriger des deutschen Reichs ist. Wenn ein Prozess zwischen Personen geführt wird, welche verschiedenen deutschen Bundesstaaten angehören, kann desshalb § 53 nicht zur Anwendung kommen. Auch eine analoge Anwendung desselben auf solche Fälle ist nicht statthaft, weil es sich hier um eine Ausnahmebestimmung handelt und der Grund des Gesetzes in diesen Fällen nicht zutrifft. Das bürgerliche Recht der deutschen Staaten kann ungeachtet seiner grossen Verschiedenheit nicht als ausländisches Recht angesehen werden, um so mehr als dasselbe vom Reichsgericht regelmässig angewandt und geprüft werden muss und die C.-P.-O. selbst sich bemüht hat, eine gewisse Uebereinstimmung herzustellen. Jedenfalls hat der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt, das am Orte des Prozessgerichts geltende Recht dem Recht eines anderen deutschen Bundesstaats vorzuziehen. Sonst hätte man nicht eine besondere Vorschrift für Ausländer erlassen sondern allgemein verfügt, dass bei einer Verschiedenheit zwischen dem am Wohnort einer Partei und dem am Orte des Prozessgerichts geltenden Recht das letztere vorgehen solle wenn hienach die Prozessfähigkeit begründet sei. Oder man hätte die Prozessfähigkeit in allgemeiner Weise geregelt, statt auf das bürgerliche Recht zu verweisen. Auch bezüglich des Art. 84

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 48; Gaupp Bd. I S. 180 A. M. sind Seuffert S. 52; Uebel Bd. I S. 60; Siebenhaar S. 96; Hellmann Bd. I S. 199; Kleiner Bd. I S. 295; von Bülow S. 28 Bem. 2; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 78.

der Wechsel-Ordnung wurde übrigens entschieden, dass ein Angehöriger des deutschen Reichs nicht als Ausländer anzusehen sei. [1])

5) Wenn die Partei, deren Prozessfähigkeit in Frage steht, zwar Inländer ist aber im Auslande wohnt und nicht das Recht des Staats, dem die betr. Person angehört, sondern das Recht des Wohnorts, also das ausländische Recht die Prozessfähigkeit bestimmt, trifft zwar der Wortlaut des § 53 nicht zu, wohl aber der Grund des Gesetzes. Nach diesem kommt es nicht auf die Staatsangehörigkeit als solche, sondern darauf an ob die Prozessfähigkeit einer Partei an sich nach dem Rechte des Auslandes zu beurtheilen ist. Auch ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber durch § 53 in allgemeiner Weise den Fall treffen wollte, in welchem eine Partei, sei es mit Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit sei es weil sie im Auslande wohnt, bezüglich ihrer Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesetzgebung unterworfen ist und die Fassung nur zu eng gegriffen wurde, weil man nicht daran dachte, dass die Anwendung des ausländischen Rechts auch durch den im Ausland genommenen Wohnsitz begründet sein könne. Mit Rücksicht darauf wird § 53 nicht bloss bezüglich wirklicher Ausländer sondern auch hinsichtlich solcher Personen anzuwenden sein, die im Auslande wohnen und deren Rechts- und Prozessfähigkeit nach dem an ihrem Wohnort geltenden bürgerlichen Rechte zu beurtheilen ist. [2])

§ 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozessfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozessführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozessführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

(E. § 54. M. 421. K. 24 ff.)

[1]) Das preuss. Obertribunal hat erkannt, dass Bayern und Sachsen im Sinn des Art. 84 der W.-O. nicht als Ausländer zu betrachten seien (Entscheid. Bd. 38 S. 247 ff.). Ebenso hat das R.-O.-H.-G. am 26. Juni 1872 entschieden, dass nach diesem Art. nur Nichtdeutsche in einem deutschen Bundesstaat als Ausländer anzusehen seien. (Entscheid. Bd. VI. Nr. 80 S. 356 ff.) V. auch: Siebenhaar S. 95; Seuffert S. 51; Puchelt Bd. 1 S. 232; von Sarwey Bd. I S. 110; Hellmann Bd. I S. 198; Gaupp Bd. I S. 179; Bolgiano Handbuch S. 119. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 43, und Endemann Bd. I S. 318.

[2]) V. auch Gaupp Bd. I S. 80. A. M. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 78.

I. Berücksichtigung der Mängel im Allgemeinen. (§ 54 Abs. 1.)

1. Die C.-P.-O. geht von der Auffassung aus, dass im Interesse der öffentlichen Ordnung keine Verhandlungen gepflogen werden sollen, welche nichtig sind. Mit Rücksicht auf die §§ 513 Z. 5 und 542 Nr. 2 wurde desshalb vorgeschrieben, dass das Gericht den Mangel der Prozessfähigkeit, der Legitimation des gesetzlichen Vertreters und der zur Prozessführung erforderlichen Ermächtigung von Amtswegen zu berücksichtigen habe. Dasselbe hat hienach regelmässig zu prüfen, ob ein Mangel der im § bezeichneten Art vorliegt. Ergeben sich hierüber Zweifel, so hat der Vorsitzende bezw. Amtsrichter auf die bestehenden Bedenken aufmerksam zu machen (§ 130 Abs. 2) und es ist dann Sache der Partei, dieselben zu beseitigen und den Nachweis zu liefern, dass den gesetzlichen Anforderungen Genüge geschehen ist. Zur Führung dieses Nachweises kann die Partei auch auf offenkundige Thatsachen Bezug nehmen. (§ 264.) Liegen solche nicht vor, so muss der Beweis nöthigenfalls in anderer Weise (durch Vorlage von Urkunden etc.) erbracht werden. Ist ein Mangel in unzweifelhafter Weise vorhanden so ist das Gericht nicht verpflichtet, etwa angebotene Beweise zuzulassen sondern kann sofort die nöthigen Verfügungen treffen, damit dem Mangel abgeholfen werde. (K. 24.) Wenn eine Handelsgesellschaft in Frage steht, welche unter ihrer Firma klagt oder verklagt wird so ist dem Gericht auf Verlangen nachzuweisen, welche Personen als Inhaber der Firma bezw. als „gesetzliche Vertreter“ erscheinen. Art. 111 H.-G.-B. regelt nur die Parteifähigkeit ändert aber nichts an der Thatsache, dass die Gesellschaft als solche prozessunfähig ist. [1]) So lange die Prozessfähigkeit etc. nicht nachgewiesen ist kann die Partei, bei welcher der Mangel vorliegt, nicht verlangen, dass ein Versäumnissurtheil gegen den nicht erschienenen Gegner erlassen werde; jedoch ist ihr, falls ein derartiger Antrag zurückgewiesen wird, eine Vertagung zu bewilligen. (§ 300.) Sind beide Parteien erschienen so kommt es nicht darauf an, ob der Gegner den Mangel geltend macht. Selbst wenn derselbe die Prozessfähigkeit anerkennt oder auf alle Einwendungen wegen der vorhandenen Mängel verzichtet, muss das Gericht diese Mängel, welche dessenungeachtet vom Vertreter der prozessunfähigen Partei später geltend gemacht werden könnten, berücksichtigen. Auch in diesem Fall ist der betr. Partei durch eine Vertagung Gelegenheit zu geben, nachzuweisen, dass ein Mangel nicht besteht, bezw. denselben zu beseitigen. Ja es wird das Gericht wenn eine solche Vertagung nicht von den Parteien beantragt wird dieselbe von Amtswegen auszusprechen haben. (§ 206.) Auf Grund des § 54 kann übrigens die Prüfung der Prozessfähigkeit erst bei der mündlichen Verhandlung erfolgen. (Bem. zu § 193.)

2. Dass das Gericht Mängel der fraglichen Art bis zur Erlassung des Endurtheils zu berücksichtigen hat ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich gesagt versteht sich aber von selbst, da das anfängliche Uebersehen eines Mangels an der Sachlage nichts ändert und die ergangene Entscheidung desshalb nicht

[1]) V. O.-L.-G. Dresden 7. Jan. 1880, Wengler's Archiv N. F. Bd. I S. 85 ff.

weniger angefochten werden könnte. Auch wurde diese Konsequenz aus dem aufgestellten Grundsatze in den Motiven (421) ausdrücklich anerkannt. Wird ein Mangel erst nachträglich entdeckt, so ist gerade so zu verfahren als wenn derselbe von vornherein bekannt gewesen wäre. Ja selbst wenn der Mangel schon anfangs bekannt war aber nicht als solcher anerkannt wurde, ist derselbe zu berücksichtigen wenn später eine andere Beurtheilung eintritt. Auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz ist die Berücksichtigung geboten und es kann wenn ein Mangel übersehen wird das rechtskräftige Endurtheil durch Nichtigkeitsklage angefochten werden. Ja es ist diese Klage auch dann nicht ausgeschlossen wenn die Nichtigkeit mittelst eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte und wenn ein solches ohne Erfolg geltend gemacht wurde. (§ 542.) Auch von Seite des Gegners der Partei, bezüglich deren ein Mangel vorliegt, kann bis zum Erlass des Endurtheils auf denselben aufmerksam gemacht und gegen die Fortsetzung des Prozesses Widerspruch erhoben werden ohne dass § 247 Z. 6 im Wege steht. Nur wenn der Gegner die ihm zustehende prozesshindernde Einrede als solche vorbringen und auf einer besonderen Verhandlung bezüglich derselben bestehen will, muss er dieselbe vor der Einlassung auf die Hauptsache vorschützen (M. 421).

3. Wenn die bestehenden Bedenken von der prozessunfähigen Partei bezw. deren Vertreter nicht beseitigt werden, so ist in verschiedener Weise zu verfahren je nachdem der Mangel auf Seite des Klägers oder auf Seite des Beklagten vorliegt und je nachdem im letzteren Falle der Beklagte richtig geladen war oder nicht. Hat eine prozessunfähige Partei richtig geklagt und es erscheint für sie nicht der richtige gesetzliche Vertreter, sondern an dessen Statt sie selbst oder eine nicht legitimirte Person so ist dieselbe als nicht erschienen zu betrachten und es kann auf Anstehen der prozessunfähigen Partei oder des nicht legitimirten Vertreters ein Versäumnissurtheil gegen den nicht erschienenen Beklagten nicht erlassen werden. Erscheint der Beklagte und beantragt Versäumnissurtheil, so ist dieses falls der auf Seite des Klägers vorhandene Mangel nicht beseitigt wird zu erlassen. Es ist der gesetzliche Vertreter des Klägers, der die Klage erhoben hat oder auf dessen Namen sie erhoben wurde, nicht erschienen und desshalb nach § 295 zu verfahren. Aber auch wenn die Klage auf den Namen einer prozessunfähigen Person oder eines nicht legitimirten Vertreters erhoben wurde wird auf Antrag des Beklagten Versäumnissurtheil zu erlassen sein. In diesem Falle trifft zu, was von Amsberg in der J.-K. (24) bemerkte: „wenn der Mangel nicht beseitigt werden könne, gelte die Person als nicht erschienen und sei ein Versäumnissurtheil zu erlassen.“ Wurde der prozessunfähige Beklagte ordnungsmässig durch Zustellung an den gesetzlichen Vertreter geladen so ist wenn nicht dieser sondern die Partei selbst oder ein unlegitimirter Vertreter erscheint auf Antrag des Klägers Versäumnissurtheil zu erlassen. Dagegen kann ein solches nicht auf Antrag des Beklagten oder des nicht legitimirten Vertreters gegen den nicht erschienenen Kläger erlassen werden; vielmehr es ruht der Prozess da keine Partei erschienen ist. (§ 228.) Wurde der prozessunfähige Beklagte nicht in ordnungsmässiger Weise geladen, sondern die Klage ihm selbst oder einer nicht als gesetzlicher Vertreter legitimirten Person zugestellt, so kann ein Versäumniss-

urtheil gegen ihn nicht ergehen. (§ 300 Nr. 2.) Dagegen ist ein solches zu erlassen wenn die Ladung in ordnungsmässiger Weise zugestellt wurde, aber statt des gesetzlichen Vertreters die Partei selbst oder ein nicht legitimirter Vertreter erschien. Wenn einem gesetzlichen Vertreter die erforderliche Ermächtigung fehlt kann er ein Versäumnissurtheil gegen den nicht erschienenen Gegner nicht beantragen. (§ 300 Nr. 1.) Dagegen kann wenn er nicht erscheint wie wenn er erschienen ist aber die Ermächtigung nicht beibringen konnte, gegen die von ihm vertretene, ordnungsmässig geladene, Partei vom Gegner Versäumnissurtheil beantragt werden. (V. und Bem. zu § 300.) Es ist übrigens die Ermächtigung, deren der gesetzliche Vertreter einer Partei zur Prozessführung bedarf und von der hier allein die Rede ist, nicht zu verwechseln mit der Ermächtigung oder Genehmigung, welche der Gegner einer prozessunfähigen Partei (Gemeinde, Stiftung etc.) nach manchen Gesetzgebungen einholen muss, ehe er gegen diese Klage erhebt. Wenn eine derartige Ermächtigung vorgeschrieben ist so bildet ihre Einholung eine der Voraussetzungen, von denen die Zulässigkeit der Klage abhängt und es ist wenn die Ermächtigung vom Kläger nicht erholt wurde die Klage abzuweisen.

4. Wird nachgewiesen, dass ein Mangel bezüglich der Prozessfähigkeit bezw. Legitimation und Ermächtigung des „gesetzlichen Vertreters" überhaupt nicht vorliegt, so geht der Prozess unbehindert seinen Gang weiter. Ebenso verhält es sich wenn dem gesetzlichen Vertreter lediglich die Ermächtigung zur Prozessführung fehlte und dieselbe nachträglich beigebracht wird. Hat dagegen eine prozessunfähige Partei oder ein nicht legitimirter Vertreter den Prozess geführt und es wird dieser Mangel dadurch beseitigt, dass der legitimirte gesetzliche Vertreter in den Prozess eintritt, so braucht dieser die vor seinem Eintritt vorgenommenen an sich ungültigen Prozesshandlungen nicht zu genehmigen. Auch erlangen dieselben durch diesen Eintritt keine Kraft wenn die Genehmigung verweigert wird. Die Fortsetzung des Prozesses ohne Protest gegen die Gültigkeit der früheren Prozesshandlungen ist jedoch als stillschweigende Genehmigung anzusehen. Auch kann der Gegner eine bestimmte Erklärung bezüglich der Genehmigung verlangen und braucht seinerseits den Prozess nicht fortzusetzen wenn diese verweigert wird. Wird die bisherige Prozessführung genehmigt, so ist damit die Sache erledigt. Es steht nicht etwa dem Gegner das Recht zu, die vor dieser Genehmigung vorgenommenen Prozesshandlungen anzufechten, z. B. bezüglich der von einer prozessunfähigen Partei ausgegangenen Ladung den Einwand zu erheben, dass dieselbe ungültig sei. An sich sind die Bestimmungen, nach welchen gewisse Personen zum selbständigen Handeln vor Gericht unfähig sind, lediglich im Interesse dieser Personen selbst getroffen. Dem Gegner steht nur das Recht zu, die Einlassung auf den Prozess bezw. die Fortsetzung desselben zu verweigern sofern er Gefahr läuft, dass die ergangenen Entscheidungen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt durch Rechtsmittel oder durch die Nichtigkeitsklage mit Erfolg angefochten werden können. Ist diese Gefahr durch eine rechtswirksame Genehmigung beseitigt, welche jede Anfechtung durch die prozessunfähige Partei bezw. deren Vertreter ausschliesst (§§ 513 Z. 5 und 542 Z. 4) so hat der Gegner keinen Grund, die früher vorgenommenen Prozesshand-

lungen anzufechten. Nur wird er verlangen können, dass die Kosten, welche durch den ursprünglichen Mangel bezw. dessen Beseitigung entstanden sind, von der Gegenpartei getragen werden (§ 90).

II. Einstweilige Zulassung der prozessunfähigen Partei bezw. ihres Vertreters zur Prozessführung.

1. Wenn der Partei bezüglich deren Vertretung einer der im § angeführten Mängel vorliegt durch den Aufschub, den die angeordnete Vertagung mit sich bringt, Gefahr entsteht so kann das Gericht — nicht der Vorsitzende — dieselbe einstweilen unter Vorbehalt der Beseitigung zur Prozessführung zulassen. Ob eine solche Gefahr vorhanden ist hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Auch gibt das Gesetz demselben nur eine Befugniss; es ist hienach selbst wenn unzweifelhaft eine Gefahr mit dem Vorzug verbunden ist, nicht verpflichtet, die einstweilige Zulassung zu gestatten, kann dieselbe vielmehr auch wegen anderer Umstände z. B. mit Rücksicht auf die Folgen für den Gegner verweigern. Bei Arrestanlagen und einstweiligen Verfügungen wird, wie auch in der J.-K. (24) hervorgehoben wurde, meist eine solche Gefahr anzunehmen sein. Dieselbe kann aber auch in anderen Verhältnissen ihren Grund haben. Insbesondere wird Gefahr auf Verzug regelmässig vorliegen wenn es sich um Sicherung eines Beweismittels oder Einhaltung einer Nothfrist handelt. Im Anwaltsprozesse wird damit die einstweilige Zulassung erfolgen kann vorausgesetzt, dass ein Rechtsanwalt für die Partei auftritt. Auch dieser kann aber (nach § 86), wenn er keine Vollmacht besitzt einstweilen zur Prozessführung zugelassen werden.

2. Wenn die einstweilige Zulassung zur Prozessführung vom Gericht bewilligt wird, ist zugleich eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu geben und es ist bis zum Ablauf derselben die Partei bezw. deren gesetzlicher Vertreter zur Vornahme aller Prozesshandlungen befugt. Die Zulassung durch das Gericht ersetzt vorerst die erforderliche Legitimation oder Ermächtigung. Solange der Mangel besteht, darf ein Endurtheil nicht erlassen werden; wird demselben abgeholfen, so kann der Prozess auch dann weiter betrieben werden wenn die vom Gericht gesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist. Wird der Mangel beseitigt und werden die bisher vorgenommenen Prozesshandlungen vom wirklich legitimirten Vertreter genehmigt, so sind dieselben ebenso als rechtswirksam anzusehen als ob niemals ein Mangel bestanden hätte. (V. Bem. I. 5.) Läuft die Frist ab ohne dass es gelungen wäre, den verlangten Nachweis zu erbringen bezw. dem Mangel abzuhelfen, so kann dieselbe (nach § 202 und 203) verlängert werden; geschieht dies aber nicht oder wird die Sache auch innerhalb der neuerdings gegebenen Frist nicht geordnet, so ist die betr. Partei als nichterschienen zu betrachten und ebenso zu behandeln wie wenn eine einstweilige Zulassung nicht erfolgt wäre. (V. Bem. I. 4.) Es verliert dann die ganze bisherige Prozessführung, zu welcher die Partei nur „unter Vorbehalt der Beseitigung des Mangels“ zugelassen war, ihre Wirkung.

§ 55.

Soll eine nicht prozessfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozessgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des § 21 eine nicht prozessfähige Person bei dem Gericht ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

(E. § 55. M. 421. K. 25.)

I. Allgemeines.

Durch § 55 wird das im preussischen Prozess bestehende Institut des „Litiskurators" auf die C.-P.-O. übertragen und dem Vorsitzenden des Prozessgerichts die Befugniss eingeräumt, unter bestimmten Voraussetzungen einen besonderen Vertreter zu bestellen, dem die Prozessführung obliegt. Das Prozessgericht ist dasjenige Gericht, bei dem der Prozess bereits anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll. Unter dem Vorsitzenden des Prozessgerichts ist nicht der Landgerichtspräsident oder der mit der dienstlichen Aufsicht betraute Amtsrichter, sondern der Vorsitzende der Kammer oder des Senats bezw. derjenige Amtsrichter zu verstehen, vor welchen die Sache nach der bestehenden Geschäftsvertheilung gehört. Auch in der St.-P.-O. wird unter dem Vorsitzenden des Gerichts immer der Vorsitzende der Strafkammer verstanden. (V. §§ 124, 144, 199, 212, 220.) [1]) Für den Antrag, der auch mit der Einreichung der Klageschrift verbunden werden kann, ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Im Anwaltsprozesse wird sich der Anwaltszwang (§ 74) aber auch auf den nach § 55 zu stellenden Antrag erstrecken, da nicht wie in § 109 gestattet ist, denselben zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären. [2]) Der vom Vorsitzenden bestellte Vertreter hat dieselben Befugnisse wie der gesetzliche Vertreter, unterliegt aber auch denselben Beschränkungen und ist desshalb sofern zur Prozessführung eine Ermächtigung erforderlich ist verpflichtet, diese einzuholen. Die Ermächtigung wird also durch die gerichtliche Bestellung

1) Wegen dieser bei § 185 sich wiederholenden Frage v. Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 166; Löwe St.-P.-O. II. Aufl. S. 372; ferner Gaupp I S. 483; Die Zuständigkeit des Senatspräsidenten scheint auch vom Reichsgericht angenommen zu werden. V. juristische Wochenschrift J. 1879 S. 254. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 159, 161. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 233.

2) So auch Seuffert S. 54 und Gaupp Bd. I S. 192. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 45 Bem. 1; Hellmann Bd. I S. 204; Kleiner Bd. I S. 306.

nicht ersetzt. [1]) Jedoch kann der Vertreter auch hier einstweilen zur Prozessführung zugelassen werden. Die Prozesshandlungen des bestellten Vertreters sind für die Partei ebenso bindend, als wenn derselbe „gesetzliche Vertreter" wäre. Es müssen auch wenn derselbe durch das Eintreten des gesetzlichen Vertreters die Vertretungsbefugniss verliert die von ihm vorgenommenen Prozesshandlungen von dem gesetzlichen Vertreter anerkannt werden. Die Sache liegt ebenso, wie wenn ein Prozess durch einen Vormund, curator absentis etc. geführt wurde und die Partei inzwischen volljährig wird oder zurückkehrt. Die Verhältnisse des vom Vorsitzenden bestellten Vertreters zur Partei, insbesondere die Fragen: ob derselbe verpflichtet ist, die ihm übertragenen Funktionen anzunehmen und in welcher Weise er für begangene Fehler verantwortlich gemacht werden kann, sind nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen.

II. (§ 55 Abs. 1.)

1. In Abs. 1 des § wird vorausgesetzt, dass eine nicht prozessfähige Partei, welche keinen gesetzlichen Vertreter besitzt, verklagt werden soll. Es wird im Interesse des Klägers dem Vorsitzenden die Verpflichtung auferlegt, auf Antrag desselben dem Beklagten einstweilen einen besonderen Vertreter zu bestellen, dem die Klage zugestellt werden kann und der bis der gesetzliche Vertreter in den Prozess eintritt, diesen zu führen hat. Für die Fälle, in welchen zwar ein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist aber die Rechte der Partei nicht wahrzunehmen vermag, wollte man die Bestellung eines besonderen Vertreters nicht gestatten. (M. 422.) Auch besteht für den Kläger in diesem Fall kein Bedürfniss nach Bestellung eines besonderen Vertreters da er nur ein Interesse daran hat, dass er die Klage in gültiger Weise zustellen lassen kann. Sobald ein gesetzlicher Vertreter existirt, kann desshalb § 55 Abs. 1 keine Anwendung finden. Ferner wird vorausgesetzt, dass erst eine Klage erhoben werden soll. Ist eine solche bereits angestellt und es verliert später der Beklagte die Prozessfähigkeit oder seinen gesetzlichen Vertreter, so kommt nicht § 55 sondern § 219 zur Anwendung. Sollte, obgleich eine dieser Voraussetzungen fehlt, der Vorsitzende einen „Litiskurator" ernannt haben so ist dessen Ernennung als ungültig anzusehen und kann derselbe vom Prozessgericht zurückgewiesen werden.

2. Nach der Vorschrift des Gesetzes darf ein besonderer Vertreter nur bestellt werden falls mit einem Verzuge Gefahr (für den Kläger) verbunden ist. Der Umstand, dass „die Anordnung der gesetzlichen Vertretung auf Hindernisse stösst oder sich ungebührlich verzögert" (n. E. § 88), rechtfertigt diese Massregel nicht. Ob eine derartige Gefahr vorhanden ist, hat der Vorsitzende zu prüfen; wenn er das Vorhandensein einer solchen angenommen hat kann aber die Legitimation des von ihm bestellten Vertreters nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil eine Gefahr nicht bestanden habe. Die Entscheidung dieser rein thatsächlichen Frage wollte das Gesetz dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen. Ist die Bestellung erfolgt, so bleibt dieselbe wirksam wenn auch der Grund der Gefahr verschwunden sein sollte. Ja es erlischt die Vertretungsbefugniss des „Litiskurators"

[1]) A. M. ist Gaupp I S. 192.

auch nicht mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters sondern erst dadurch, dass dieser in den Prozess eintritt. Geschieht dies nicht so kann der vom Vorsitzenden bestellte Vertreter ungeachtet des einstweiligen Charakters seiner Bestellung den Prozess bis zu Ende durchführen. Es braucht das Endurtheil nicht wie im Fall des § 54 Abs. 2 bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters ausgesetzt zu werden.

III. (§ 55 Abs. 2.)

Durch Abs. 2 des § wird die dem Vorsitzenden zustehende Befugniss auf diejenigen Fälle ausgedehnt, in welchen eine nicht prozessfähige Person — es handelt sich hier nur um physische Personen (M. 422) — auf Grund des § 21 bei dem Gericht des Aufenthaltsortes oder Garnisonortes verklagt werden soll. Auch hier kann der Vorsitzende nur dann einen Vertreter für den Beklagten bestellen wenn er vom Kläger, dem die Anstellung der Klage erleichtert werden soll, darum angegangen wird. Dagegen muss Abs. 2 auch dann Anwendung finden wenn die prozessunfähige Person einen gesetzlichen Vertreter hat und wenn mit einem Verzug keine Gefahr für den Kläger verbunden ist, da in Abs. 2 diese Erfordernisse nicht wiederholt werden und wenn deren Erfüllung verlangt würde der ganze Absatz überflüssig wäre. Es soll durch § 55 Abs. 2, den die Motive (422) als eine Ergänzung des § 21 bezeichnen, die Benützung des durch diesen § geschaffenen Gerichtsstandes erleichtert, und namentlich für den Fall geholfen werden, dass der gesetzliche Vertreter nicht am Prozessgericht wohnt und die Zustellung der Klage an denselben die Klagerhebung am Gericht des Aufenthaltsortes wesentlich erschweren würde. [1]) Dass der nach Abs. 2 bestellte Vertreter nur bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters den Prozess zu führen hat und diesem weichen muss, ergibt sich aus der Natur der Sache. Das Gesetz will nicht den Beklagten seines gesetzlichen Vertreters berauben sondern nur dem Kläger, wenn dieser nicht zur Hand ist ein Mittel geben, die Klage einem anderen Vertreter zustellen zu lassen und mit diesem einstweilen zu verhandeln. Auch kann nach der Fassung des Gesetzes der Vorsitzende nur „einen solchen Vertreter" bestellen wie er in Abs. 1 vorgesehen ist. Nach preuss Recht wurde derselbe ausdrücklich als „Interimskurator" bezeichnet. (Koch pr. Civilprozess Tit. I. § 12 S. 30 u. 31.) Die Ernennung eines solchen Vertreters ist übrigens in das Ermessen des Vorsitzenden gestellt und kann von diesem jederzeit abgelehnt werden. Auch wird dies wohl regelmässig geschehen wenn der gesetzliche Vertreter am Orte des Prozessgerichts oder doch so nahe wohnt, dass durch die Verweisung an denselben keine grosse Verzögerung entsteht.

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 46; Kleiner Bd. I S. 306; von Sarwey Bd. I S. 113; Gaupp Bd. I S. 193. A. M. ist Seuffert S. 54.

Zweiter Titel.

Streitgenossenschaft.[1])

(§§ 56—60).

Vorbemerkungen.

In den §§ 56—60 wird die sogen. subjektive Klagenhäufung und die Streitgenossenschaft geregelt. Bei der ersteren handelt es sich darum, dass mehr als zwei Personen in einem Prozess als selbständige Parteien auftreten und in dieser Weise mehrere Streitigkeiten zwischen verschiedenen Personen in einem Verfahren verbunden werden, bei der zweiten um das dadurch entstehende Verhältniss zwischen den verschiedenen Personen, welche gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden. Während die §§ 56 und 57 die Voraussetzungen angeben, unter welchen eine solche Klagenhäufung zulässig ist, regelt § 58 im Allgemeinen die Beziehungen, welche zwischen den Streitgenossen entstehen. In § 59 werden sodann für die Fälle der „nothwendigen Streitgenossenschaft“ abweichende Bestimmungen getroffen und in § 60 wird das Betreibungsrecht der Streitgenossen geregelt. Die Streitgenossenschaft kann übrigens auch in anderer Weise als durch subjektive Klagenhäufung entstehen. (Bem I 1 zu §§ 56 ff.)

§ 56

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

§ 57.

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleich-

[1]) Bezüglich der Lehre von der Streitgenossenschaft sind besonders zu vergleichen: Wetzell: Civilprozess, § 63 S. 671 ff. und 692 ff.; Renaud: Civilprozess §§ 58 und 59 S. 131 u. ff.; Plank: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten; Linde: Beiträge zur Lehre von den Parteien (Zeitschrift für Civilr. und Prozess, Bd. 15 S. 343 ff. u. Bd. 16 S. 91 ff.;) Förster: Klage und Einrede nach preussischem Recht § 16 S. 57 ff.; von Canstein: Streitgenossenschaft und Nebenintervention vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung; Harmening: Die nothwendige Streitgenossenschaft in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen N. F. Bd. VII S. 197 ff.; Schwalbach im Archiv für civ. Praxis Bd. 63; von Amelunxen, die sogen. nothwendige Streitgenossenschaft.

artige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

(E. §§ 56 u. 57. M. 422. K. 25.)

I. Streitgenossenschaft und subjektive Klagenhäufung.

1) Wie § 232 dem Kläger gestattet, falls das Gericht bezüglich aller Ansprüche zuständig und dieselbe Prozessart zulässig ist verschiedene Ansprüche gegen eine Person in einer und derselben Klage geltend zu machen (objektive Klagenhäufung), so erklären es die §§ 56 und 57 unter bestimmten Voraussetzungen für statthaft, dass mehrere Personen wegen der ihnen zustehenden Ansprüche gemeinschaftlich klagen bezw. wegen der gegen sie gerichteten Ansprüche gemeinschaftlich verklagt werden und regeln so die Zulässigkeit der subjektiven Klagenhäufung.

Die Streitgenossenschaft ist eine aktive oder eine passive, je nachdem sie auf Seite der Kläger oder der Beklagten entsteht. Sie hat in der Regel in der vom Kläger bezw. den verschiedenen Klägern beliebten Verbindung mehrerer Klagansprüche in derselben Klagschrift ihren Grund. Sie kann aber auch unabhängig vom Willen der klagenden Personen entstehen und durch andere Verhältnisse als durch eine Klagenhäufung bewirkt werden. Wenn das Gericht mehrere Prozesse von Amtswegen verbindet (§ 138) so tritt dadurch eine Klagenhäufung ein, von welcher der Kläger vielleicht gar nichts wissen wollte. Ebenso ergibt sich eine Streitgenossenschaft zwischen den Erben einer im Lauf des Prozesses verstorbenen Partei obgleich hier eine Klagenhäufung vom Kläger nicht vorgenommen vielmehr nur von einer bezw. gegen eine Person Klage erhoben wurde und erhoben werden konnte. Das Verhältniss zwischen diesen Personen ist dasselbe wie wenn der Erblasser vor Anstellung der Klage gestorben und dann die Klage von den verschiedenen Erben erhoben bezw. gegen sie gerichtet worden wäre.[1]) Dagegen können in den Prozessen, welche eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als solche führt, die Gesellschafter nicht als Streitgenossen angesehen werden, da die Gesellschaft als solche Partei ist, die Gesellschafter sonach die Stellung von gesetzlichen Vertretern einnehmen.[2])

2) Ob die Personen, welche Klage erheben eine Klagenhäufung vornehmen und dadurch eine Streitgenossenschaft veranlassen wollen, steht im Allgemeinen im Belieben derselben. Die Beklagten haben nach dem Prozessrecht keinen

[1]) Von Canstein: Streitgenossenschaft und Nebenintervention S. 5.

[2]) V. Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. 6 S. 416 ff.; Bd. 9 S. 16 ff.; Bd. 12 S. 259 ff.; Bd. 20 S. 180 und S. 262 ff.; ferner Struckmann-Koch III. Aufl. S. 50; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 82; Seuffert S. 60; Puchelt Bd. I S 242; von Sarwey Bd. I S. 116; Gaupp Bd. I S. 197. A. M. sind Renaud § 58; Kleiner Bd. I S. 318; von Bülow S. 32; von Amelunxen die sogen. nothwendige Streitgenossenschaft S. 69.

Anspruch darauf, dass andere Personen als Kläger oder Beklagte in den Prozess beigezogen werden. Sie können vielmehr auf Grund der C.-P.-O. diesen Zweck nur dadurch erreichen, dass sie (nach § 138) die Verbindung mehrerer Prozesse beantragen oder mittelbar veranlassen, dass solche Personen, die als Streitgenossen gelten, freiwillig in den Prozess eintreten. Im Uebrigen können sie weder selbst eine Beiladung vornehmen noch auf Grund prozessualischer Vorschriften verlangen, dass vom Kläger andere Personen beigeladen werden. Nur wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verlangt werden kann, dass alle Personen, denen ein gewisser Anspruch zusteht, als Kläger auftreten, oder dass alle Mitbetheiligten als Beklagte in demselben Prozess belangt werden kann dieser Einwand (die sog. exc. plurium litisconsortium) mit Erfolg geltend gemacht werden. (Bem. I 3 zu § 59.)

Für den Kläger ist übrigens die Nothwendigkeit gegeben, sich die Frage ob er eine Klagenhäufung vornehmen will oder muss vor Anstellung der Klage zu überlegen. Ist einmal Klage erhoben so ist er wenn er weitere Personen in den Prozess beiziehen will in der Regel darauf angewiesen, eine zweite Klage bei demselben Gericht falls dieses zuständig ist zu erheben, und dann (nach § 138) die Verbindung der verschiedenen Prozesse zu beantragen. Auch kann er wenn das Gericht nicht bezüglich aller Beklagten zuständig ist in diesem Falle nicht nach § 36 Z. 3 die Bezeichnung des zuständigen Gerichts beantragen.

II. Voraussetzungen des § 56.

Dass mehrere Personen als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist vor Allem gestattet wenn dieselben in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind. Es liegt dann der Fall vor, der im gemeinen Prozess als derjenige der ächten oder eigentlichen Streitgenossenschaft bezeichnet wurde. Ob ein solches Verhältniss vorhanden ist, muss nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts beurtheilt werden. Eine Rechtsgemeinschaft kann in sehr verschiedenen Verhältnissen ihren Grund haben. Handelt es sich bei dem Streit um eine Sache so kann eine solche darin, dass dieselbe verschiedenen Personen angehört begründet sein. Die Gemeinschaft kann aber auch darauf beruhen, dass den betr. Personen verschiedene dingliche Rechte (z. B. Eigenthum, Niessbrauch od. Pfandrecht) an derselben Sache zustehen. Steht eine Forderung in Frage so kann die Gemeinschaft in einer einfachen theilbaren Mitberechtigung oder Mitverpflichtung bestehen; es kann aber auch ein Gesammtschuldverhältniss oder eine untheilbare Obligation vorliegen. Ausserdem kann eine solche Gemeinschaft auf einem Miterbrecht oder einem Gesellschaftsverhältniss beruhen. Ihrem Wesen nach besteht die Rechtsgemeinschaft immer darin, dass die verschiedenen Personen zusammen als Subjekte des betr. Rechts bezw. der Verpflichtung erscheinen. Der Fall, dass mehrere Personen aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt bezw. verpflichtet sind, liegt vor wenn die verschiedenen Berechtigungen oder Verpflichtungen ungeachtet ihrer individuellen Verschiedenheit doch denselben historischen Entstehungsgrund haben. Es kann sich hiebei

um ein Vertragsverhältniss handeln; es kann aber auch sein, dass wegen einer und derselben unerlaubten Handlung geklagt wird. Die Klage gegen den Hauptschuldner und den Bürgen kann jedenfalls nach § 56 in einer Klageschrift erhoben werden, da beide wegen derselben Forderung in Anspruch genommen werden. Es kann demnach auch § 36 Abs. 3 zur Anwendung kommen, wenn dieselben in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen. [1])

III. Voraussetzungen des § 57.

Da die C.-P.-O. die subjektive Klagenhäufung hauptsächlich wegen der durch dieselbe erreichten äusseren Vortheile zulässt, wurde die Klagenhäufung auch dann gestattet: „wenn gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.“ In diesem Falle haben die thatsächlichen und rechtlichen Fragen, welche zu entscheiden sind, eine gewisse Verwandtschaft; es wird sonach durch die Verbindung die Entscheidung vereinfacht. Uebrigens ist nicht zu übersehen, dass die Gleichartigkeit der Ansprüche oder Verpflichtungen und ebenso die Gleichartigkeit des thatsächlichen und rechtlichen Klagegrundes nicht genügt, sondern die beiden Momente zugleich vorausgesetzt werden. Gemäss § 57 werden verschiedene Klagen meist verbunden werden wenn es sich darum handelt, auf Grund eines und desselben Vertragsverhältnisses (z. B. eines Versicherungsvertrags oder Pachtvertrags) und im Wesentlichen gleichlautender Verträge gegen mehrere Personen zu klagen, von denen die Erfüllung einer gleichartigen Verbindlichkeit verlangt wird. Es können sich auf Grund dieser Bestimmung aber auch mehrere Personen als Kläger vereinigen z. B. die Gläubiger, deren Unterpfandsrechte durch Verschleppung der Pfandgegenstände gefährdet sind oder die ein und dasselbe Rechtsgeschäft, durch das sie sich benachtheiligt glauben, anfechten wollen.

IV. Zuständigkeit des Gerichts. Zulässigkeit derselben Prozessart.

1) Es versteht sich von selbst, dass mehrere Personen nur dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen bezw. verklagt werden können wenn das Gericht bezüglich aller Klagen zuständig ist. Diese Zuständigkeit wird allenthalben auch bei der objektiven Klagenhäufung (§ 232) vorausgesetzt. Uebrigens wird die subjektive Klagenhäufung durch die Vorschriften der §§ 5 und 36 Z. 3 C.-P.-O. sehr erleichtert. Für Klagen bezüglich deren ein ausschliesslicher Gerichtsstand nicht besteht wird es hienach nie an einem Gericht fehlen, das hinsichtlich aller Klagen zuständig ist. Soweit ein ausschliesslicher Gerichtsstand angeordnet ist, muss regelmässig geprüft werden ob das Gericht, vor welchem Klage erhoben werden soll, bezüglich aller Klagen als zuständig erscheint. Handelt es sich um eine unbewegliche Sache, die in verschiedenen Gerichtsbezirken gelegen ist, so kann jedoch auch hier nach § 36 Z. 4 das zuständige Gericht bezeichnet werden.

2) Ausser der Zuständigkeit des Gerichts wird damit eine subjektive

[1]) Anders entschied das würtemb. O.-L.-G. am 11. Dez. 1879, würtemb. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 333, deutsche Juristenzeitung Bd. V S. 488.

Klagenhäufung als statthaft erscheint vorausgesetzt, dass für sämmtliche Ansprüche dieselbe Prozessart zulässig ist. Es können z. B. mit Klagen, bei denen es sich um eine Ehesache oder Entmündigung handelt, nicht andere Klagen verbunden werden, die sich für diese Prozessarten nicht eignen. Dieses Erforderniss ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt ergibt sich aber von selbst da durch die Verbindung mehrerer Prozesse eine Vereinfachung des Verfahrens herbeigeführt werden soll hierzu aber vorausgesetzt wird, dass nach den Vorschriften über das Verfahren eine gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung erfolgen kann. Auch schreibt § 232 sogar für die objektive Klagenhäufung dieses Erforderniss ausdrücklich vor; es kann desshalb nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber hier, wo es sich ebenfalls um Geltendmachung mehrerer Ansprüche handelt ausserdem aber auch noch eine Mehrheit von Personen vorhanden ist, davon absehen wollte.[1])

V. Prüfung der Voraussetzungen. Zurückweisung der verbotenen Klagen.

Hinsichtlich der Frage, was zu geschehen hat wenn eine der Voraussetzungen der subjektiven Klagenhäufung fehlt ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen es an der Zuständigkeit des Gerichts mangelt und denjenigen, in welchen eine der übrigen Voraussetzungen nicht vorhanden ist. Ist das Gericht bezüglich eines Theils der geltend gemachten Ansprüche unzuständig, so hat es die Klage soweit sie sich auf diese Ansprüche erstreckt zurückzuweisen und soweit es sich um die sachliche Zuständigkeit handelt zugleich das Gericht zu bezeichnen, vor das die zurückgewiesene Klage gehört. (§§ 249, 466.) Fehlt es dagegen an einer der übrigen Voraussetzungen, so liegt zu einer Zurückweisung der Klagen, die sämmtlich vor das rechte Gericht gebracht sind, kein Grund vor; vielmehr ist lediglich die Verbindung, in welche die Klagen in unzulässiger Weise gebracht wurden, aufzuheben und die Trennung der verschiedenen Prozesse zu verordnen. (§ 136.) Die Klage bleibt bezüglich aller Streitpunkte bei dem Gerichte anhängig und die Rechtshängigkeit (§ 235) mit allen ihren Wirkungen begründet. Das Verfahren in den einzelnen Prozessen ist aber ebenso getrennt, als ob von vornherein verschiedene Klagen erhoben worden wären.

§ 58.

Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

(E. § 58. M. 422 u. 423. K. 25.)

1) V. von Canstein, Streitgenossenschaft und Nebeninterv. S. 3; Seuffert S. 56; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 47 Bem. 1; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 81.

I. Wirkungen der Streitgenossenschaft im Allgemeinen.

Die Streitgenossenschaft hat in prozessualischer Beziehung die Wirkung, dass bezüglich der verschiedenen Ansprüche ein einheitliches Verfahren stattfindet. Es ist in der Regel über alle Ansprüche in einem und demselben Termin zu verhandeln. Ebenso werden die verschiedenen Ansprüche der Kläger bezw. Widerkläger in einem und demselben Schriftsatze erörtert. Endlich wird, soweit dies thunlich ist, bezüglich aller Streitpunkte in einem und demselben Urtheil entschieden.[1]) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Streitgenossen unter einander geht die C.-P.-O. in Uebereinstimmung mit der neueren gemeinrechtlichen Theorie [2]) von dem Grundsatze aus, durch die Thatsache, dass mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, werde zwischen denselben kein besonderes Rechtsverhältniss begründet. Die Verbindung der verschiedenen Klagen, welche eine rein äusserliche ist, übt sonach auf die materiellen Verhältnisse rechtlich keinen Einfluss aus. „Materiell sind die Interessen der Streitgenossen unabhängig von einander, so dass jeder Streitgenosse so beurtheilt werden muss, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozess befangen wäre. Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterlässt — der Ausdruck Handlungen in § 58 umfasst seiner allgemeinen Bedeutung nach auch die Unterlassungen — gereicht dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile. Jeder Streitgenosse kann sich daher besonderer Angriffs- und Vertheidigungsmittel bedienen wie umgekehrt der Gegner einzelnen Streitgenossen gegenüber besondere Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend machen kann ohne dass der Erfolg derselben auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen die anderen Streitgenossen einwirkt.“ (M. 422.) Im gemeinen Prozess wurde darüber gestritten, ob die Streitgenossen eine juristische Personen bildeten, oder als Gesellschafter oder Kommunionsinteressenten zu betrachten seien. Dieser Streit ist aber für die C.-P.-O. gegenstandslos geworden. Nach den obigen Ausführungen wird durch die Streitgenossenschaft an dem gegenseitigen Verhältniss zwischen den Streitgenossen nichts geändert; es bleibt materiell zwischen ihnen dasselbe Verhältniss bestehen, das schon vorher bestand. Standen sie zu einander in gar keinem eigentlichen Rechtsverhältniss, so bleibt ihr Verhältniss auch nach Begründung der Streitgenossenschaft ein rein äusserliches. Es werden aber die Rechtsverhältnisse, welche schon vor Begründung der Streitgenossenschaft bestanden und bezüglich deren das bürgerliche Recht massgebend ist, nicht aufgehoben. Sofern eine materielle Gemeinschaft besteht, übt dieselbe nach wie vor ihre Wirkungen aus. Der in § 58 aufgestellte Grundsatz findet nur Anwendung, „soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergibt.“ (Bem. I 1—3 zu § 59.)

II. Versäumnissverfahren.

Aus dem im § aufgestellten Grundsatze ergibt sich, dass wenn von mehreren Klägern oder Beklagten einer oder mehrere bei der mündlichen Ver-

[1]) V. von Canstein Streitgenossenschaft und Nebenintervention S. 6 und 13.

[2]) Wetzell a. a. O. S. 692; Renaud § 59 S. 135 ff.; Plank: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 105 und ff. und S. 362 ff; von Canstein a. a. O. S. 6.

handlung ausbleiben nach §§ 295 ff. gegen dieselben Versäumnissurtheil zu erlassen ist, während den erschienenen Parteien gegenüber weiter verhandelt wird. Weder sind die erschienenen Parteien (sofern nicht § 59 zur Anwendung kommt) berechtigt, ihre nicht erschienenen Streitgenossen zu vertreten noch ist das Verfahren gegen diese bis zum Erlass des Endurtheils auszusetzen. Vielmehr ist bezüglich jeder Partei nach den für sie massgebenden thatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten besonders zu entscheiden, obgleich dieses Verfahren häufig widersprechende Urtheile zur Folge haben wird. Die Vorschrift des französischen Rechts (Art. 153 C. de pr.) nach welcher falls nicht alle Beklagten erscheinen zunächst ein sog. Kontumacialverbindungsurtheil und die Wiedervorladung der Nichterschienenen verordnet werden muss dann aber bezüglich aller Beklagten durch ein gemeinschaftliches, als kontradiktorisch geltendes, Urtheil entschieden wird, wurde nicht in den Entwurf der C.-P.-O. aufgenommen. Der diesen Bestimmungen zu Grunde liegende Zweck, soll soweit es sich um die Fälle der sogen. „nothwendigen Streitgenossenschaft“ handelt durch die Vorschrift des § 59 erreicht werden.[1])

III. Bestellung von Prozessbevollmächtigten.

Eine Vorschrift, nach welcher die Streitgenossen zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters oder Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet wären, wurde nicht in die C.-P.-O. aufgenommen. Jeder Streitgenosse ist daher befugt, einen eigenen Prozessbevollmächtigten aufzustellen und zwar gilt dies für den Anwalts- wie für den Parteiprozess. Da nach § 87 Abs. 1 die Kosten vom Gegner nur zu ersetzen sind „soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren“ und das richterliche Ermessen auch bezüglich der Frage entscheidend ist „ob für Streitgenossen - genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen“ (M. 436) ist es rathsam, von diesem Recht vorsichtigen Gebrauch zu machen. Nur wenn die Interessen der Streitgenossen nicht übereinstimmten oder besondere Gründe die Aufstellung eines eigenen Bevollmächtigten nothwendig machten werden die Gerichte den Gegner für verpflichtet erklären, die durch die Aufstellung mehrerer Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten zu tragen, nicht aber wo dies ohne Grund geschah oder gar die Kosten absichtlich vermehrt werden sollten.

IV. Geständnisse und sonstige Erklärungen.

Sowie das Nichterscheinen eines Streitgenossen dem andern nichts schadet und die Folgen der Versäumniss in der Regel durch die von den erschienenen Streitgenossen vorgebrachte Vertheidigung nicht abgewendet werden können, so sind ausdrückliche Anerkenntnisse, Verzichte und Geständnisse eines einzelnen Streitgenossen (soweit nicht § 59 zur Anwendung kommt) ohne Rücksicht auf die Erklärungen der übrigen wirksam. Sie binden aber auch nur denjenigen, der

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 49; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 123; Puchelt Bd. I S. 319 Bem. 4.

diese Erklärungen abgegeben hat und können den anderen Streitgenossen an sich nicht schaden. Es können also auch im kontradiktorischen Verfahren wenn die einzelnen Streitgenossen widersprechende Erklärungen abgeben bezw. einer derselben ein Geständniss abgibt, das der andere bestreitet in derselben Sache widersprechende Urtheile ergehen. Es liegt dies sofern die Parteien befugt sind über das ihnen zustehende Recht frei zu verfügen und die ihnen gegenüber geltend gemachte Verpflichtung anzuerkennen in der Natur der Sache. Nur wo eine einseitige Verfügung des einzelnen Streitgenossen ausgeschlossen ist gelten andere Grundsätze. Durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 259) wird die Bedeutung eines abgelegten Geständnisses oder Anerkenntnisses nicht berührt da eine Erklärung dieser Art den Gegner, zu dessen Gunsten über den Streitgegenstand disponirt wurde, von der Verpflichtung zur Beweisführung befreit. Auch soweit es sich um ein zufolge einer Eidesweigerung fingirtes Geständniss handelt gelten die allgemeinen Grundsätze, nach welchen bezüglich der einzelnen Streitgenossen widersprechende Entscheidungen ergehen können. Nur für den Fall, dass ein „allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniss" vorliegt, enthält § 434 eine besondere Vorschrift.

Sofern einfache thatsächliche Erklärungen der Parteien vorliegen, können dieselben auch den Streitgenossen nützen oder schaden und insofern kann das von einem einzelnen Streitgenossen abgelegte Geständniss auf die Beurtheilung der Sache seiner Genossen einwirken. In dieser Richtung wird sich übrigens von selbst der Unterschied zwischen der „eigentlichen" und der „uneigentlichen" Streitgenossenschaft (§§ 56 u. 57) geltend machen wenn auch das Gesetz eine Verschiedenheit in der Behandlung nicht vorgeschrieben hat. Wenn die Streitgenossen bezüglich des Streitgegenstands in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind kann von mehreren der Sache nach verschiedenen Behauptungen der einzelnen Streitgenossen in der Regel nur eine wahr sein. Das Gericht wird desshalb soweit es nicht durch formelle Vorschriften gebunden ist sondern nur nach der materiellen Wahrheit zu forschen hat bestrebt sein, den wirklichen Sachverhalt zu ermitteln und bei der Entscheidung zu Grund zu legen. Handelt es sich dagegen um ganz verschiedene Ansprüche, die lediglich wegen ihrer Gleichartigkeit verbunden wurden so liegt in der Regel kein Grund zur Annahme vor, dass der Sachverhalt bezüglich aller Streitgenossen derselbe sei.

V. Beweisverfahren.

Bezüglich des Beweisverfahrens gilt gleichfalls der Grundsatz, dass jeder Streitgenosse eine unabhängige Stellung einnimmt und selbständig darüber zu entscheiden hat, welche Beweise er anbieten und wie er dieselben führen will. Aber es machen sich hier die Vortheile der prozessualischen Verbindung (Bem. I. 1) in hervortretender Weise geltend. Es findet, sofern mehrere Streitgenossen dasselbe Beweismittel (Zeugenbeweis, Beweis durch Sachverständige etc.) benützen wollen nur eine Beweisaufnahme statt auch wenn die Parteien verschiedene Zeugen benannt haben. Auch wird (nach den §§ 259 u. 264) das Ergebniss der Beweisaufnahme in der Regel allen Streitgenossen gegenüber zur Geltung kommen

wenn auch der Beweis nur von einem derselben geführt wird. Falls sich nur ein Streitgenosse zum Beweise erbietet wird das Endurtheil, soweit die Entscheidung von der Führung dieses Beweises abhängt, in der Regel ausgesetzt werden bis das Beweisverfahren beendigt ist. Da nach § 95 der unterlegene Streitgenosse die Kosten der von ihm geltend gemachten besonderen Angriffs- und Vertheidigungsmittel ausschliesslich zu tragen hat, werden die verschiedenen Streitgenossen sich übrigens meistens über ein gemeinschaftliches Vorgehen verständigen. [1])

§ 59.

Kann das streitige Rechtsverhältniss allen Streitigenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

(E. § 59. M. 423 u. 424. K. 25.)

I. Allgemeine Grundsätze. Voraussetzungen der Anwendung.

1) Wenn auch durch die gemäss § 56 und 57 erfolgte Klagenhäufung nur eine äusserliche Verbindung bewirkt wird so üben desshalb doch die materiellen Rechtsverhältnisse, welche zwischen den Streitgenossen bestehen, ihre Wirkungen aus. (§ 58 Bem. I. 1.) Das Gesetz hat sich nicht darauf beschränkt, in dieser Beziehung (in § 58) einen Vorbehalt zu machen sondern es hat für die Fälle, in welchen der dort aufgestellte allgemeine Grundsatz nicht zutrifft, besondere Vorschriften bezüglich des Versäumnissverfahrens getroffen. [2]) Die dadurch eingetretene Verschiedenheit zwischen der Behandlung der in 58 vorausgesetzten Rechtsverhältnisse und derjenigen, welche bei den Fällen der „nothwendigen Streitgenossenschaft" vorliegen, ist aber nicht der einzige ja nicht einmal der wichtigste Unterschied, der bezüglich der beiden Gruppen besteht. Die Frage ob ein Rechtsverhältniss vorliegt, das allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, ist im einzelnen Fall nach dem geltenden Recht zu beantworten. In den Motiven (S. 423) wurde bemerkt: „Bei der ersten Voraussetzung ist zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder

[1]) V. von Canstein a. a. O. S. 10, 16, 22.

[2]) Die Quelle des § 59 ist im nordd. Entw. (§ 59) zu suchen. Es sind desshalb die Protokolle der nordd. Prozesskommission (Bd. II S. 636—639 und 795 ff.; Bd. III S. 1270) von Wichtigkeit für die richtige Auffassung des Gesetzes.

verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses in solidum zusteht. Ein Beispiel gewähren die Bestimmungen des römischen Rechts nach denen „„die Untheilbarkeit der Prädialservituten jeden Miteigenthümer als solidarischen Vertreter des herrschenden sowohl als des dienenden Grundstücks erscheinen lässt'", so dass jeder Miteigenthümer konfessorisch oder negatorisch klagen oder verklagt werden kann und das erlassene Urtheil für und gegen sämmtliche Miteigenthümer volle Wirksamkeit hat. Klagen daher sämmtliche condomini oder werden sie sämmtlich verklagt, so ist für und gegen dieselben nur ein übereinstimmendes Urtheil möglich: das Grundstück kann pro parte indivisa nicht servitutfrei und pro parte indivisa nicht mit einer Servitut belastet sein. Ausser der Untheilbarkeit des streitigen Rechtsverhältnisses kann hierher auch die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes gehören — je nach der Auffassung die eine derartige Untheilbarkeit in den bürgerlichen Rechten gefunden hat. Ob und inwieweit die offene Handelsgesellschaft hierher gerechnet werden kann, wie in den Debatten der norddeutschen Kommission behauptet wurde, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls werden die Verhältnisse des Miteigenthums und des Miterbrechts im Geltungsgebiete des preuss. A. L.-R. nach der die Praxis bestimmenden Auffassung des Obertribunals mit ergriffen, wenn sie nicht der zweiten Kategorie, den Fällen der exceptio plurium litisconsortium beizuzählen sind." Wie es sich auch mit diesen Beispielen im Einzelnen verhalte, der dem Gesetze zu Grunde liegende Gedanke wird dadurch klar gestellt. Die C.-P.-O. fordert einheitliche Feststellung für Klagen auf Nichtigerklärung einer Ehe (§§ 586 ff.) und auf Aufhebung eines Entmündigungsbeschlusses (§ 607) sowie für das Verhältniss mehrerer Gläubiger, denen derselbe Anspruch überwiesen worden ist, zum Drittschuldner. (§ 753.) Ebenso ist die Feststellung einer von Mehreren bestrittenen Forderung für den Konkurs nur in einheitlicher Weise zulässig. [1]) Auch der bei dem Widerspruch eines Dritten mit vorgeladene Schuldner ist, als Streitgenosse im Sinne des § 59 anzusehen. [2]) Was die Frage anbelangt ob die Rechtsverhältnisse einer offenen Handelsgesellschaft nur in einheitlicher Weise festgestellt werden können so wurde schon früher (s. Bem. I. 2 zu § 57) bemerkt, dass die Gesellschafter in Prozessen, welche die Gesellschaft als solche führt überhaupt nicht als Streitgenossen sondern als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft anzusehen sind. Wollte man dieselben als Streitgenossen behandeln so müsste man, da die Vortheile und die Nachtheile aus dem Prozess in erster Linie die Gesellschaftskasse treffen, allerdings annehmen, dass das betr. Rechtsverhältniss nur einheitlich festgestellt werden kann. [3])

2) Die Voraussetzung „dass die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist" soll nach den Motiven (423) „die Fälle umfassen in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine Klage gemeinschaft-

1) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 84; Schultze, das Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen, S. 105 ff.; von Amelunxen S. 61—68

2) So auch O.-L.-G. Köln 30. Jan. 1880 rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II. S. 21.

3) V. auch Siebenhaar § 58 S. 103; Seuffert § 59 Anm. 2 S. 60 ff.; Puchelt § 57 Anm. 5 S. 242; Kleiner Bd. I. S. 318; Gaupp Bd. I S. 206.

lich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist." Wo eine solche Vorschrift besteht also einer von mehreren Mitberechtigten nur unter Zuziehung der anderen Mitbetheiligten klagen kann oder der Berechtigte wenn er klagen will seine Klage gegen alle Mitverpflichtete einer gewissen Art richten muss, steht dem oder den Beklagten ein Einwand zu wenn gegen diese Vorschrift verstossen wird. Dieser Einwand ist nichts Anderes als die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache da er dahin geht, dass der Kläger (allein) nicht der richtige Kläger sei sondern nur in Gemeinschaft mit anderen Mitberechtigten klagen könne bezw. damit geltend gemacht wird, die Klage dürfe nicht gegen den Beklagten allein gerichtet werden. Da der Einwand wenn er angenommen wird gewöhnlich die Beiziehung anderer Kläger oder Beklagten zur Folge hat, wird er als exc. plurium litisconsortium bezeichnet. Dass diese Einrede wo sie nach bürgerlichem Recht in der einen oder anderen Weise und unter dem einen oder anderen Namen begründet ist durch die C.-P.-O. ihre Wirkung nicht verliert, ist bereits oben (Bem. I. 3 zu § 58) bemerkt worden. Für die Fälle, in denen ein solches Verhältniss besteht bestimmt § 59 obgleich hier keineswegs immer eine einheitliche Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses geboten ist zugleich, dass wenn einer von mehreren Mitberechtigten oder Mitverpflichteten nicht erscheint gegen ihn ein Versäumnissurteil nicht ergeht sondern er durch die erschienenen Streitgenossen vertreten wird. [1])

[1]) Im gemeinen Recht ist die Frage, ob es eine exc. plurium consortium gebe, streitig. (V. Wetzell § 63 S. 674 ff.; Renaud § 59 S. 134; Plank: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten § 50 S. 394.) Vielfach wird aber nur über den Namen bezw. die rechtl. Natur dieses Einwands gestritten. So wird z. B. von Plank zwar zugegeben, dass der Beklagte in manchen Fällen mittels der Einrede der mangelnden Sachlegitimation geltend machen könne, Kläger sei nicht berechtigt, allein zu klagen oder müsse alle Mitverpflichteten verklagen; derselbe bestreitet aber, dass der Beklagte hier mittelst einer prozessualischen Einrede verlangen könne, dass andere Kläger bezw. Beklagte in den Prozess beigeladen würden. Soweit sich der Streit nur um diese Frage dreht, ist derselbe für die C.-P.-O. gegenstandslos da diese wenn sie von einer nothwendigen Streitgenossenschaft spricht jedenfalls alle Fälle der fraglichen Art im Auge hat, § 59 hienach überall zur Anwendung kommt wo der Kläger ohne Zuziehung seiner Mitberechtigten nicht klagen kann bezw. gegen alle Mitverpflichteten Klage erheben muss. V. Mot. a. a. O.; ferner Seuffert S. 59 ff.; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 49 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 84 ff. A. M. ist von Sarwey I S. 121 ff.; Harmening a. a. O. S. 225 ff. und von Amelunxen a. a. O. S. 56 ff.

Nach preuss. Landrecht und nach französichem Recht wird § 59 nicht selten zur Anwendung kommen weil hier Miteigenthümer und Miterben in allen Fällen als Kläger auftreten müssen bezw. als Beklagte beizuziehen sind wo es sich nicht um die blosse Anerkennung des dem einzelnen Miteigenthümer etc. zustehenden bezw. ihm gegenüber geltend gemachten Rechts sondern um thatsächliche Durchführung des Rechts auf eine bestimmte Sache u. s. w. handelt (Zachariä § 197 S. 482; Förster Klage und Einrede nach preussischem Recht § 16 S. 60 u. ff.). Im Code civil ist für die Fälle, in welchen von einem Mitverkäufer oder einem Miterben des Verkäufers ein Rückkaufsrecht geltend gemacht oder der Kaufvertrag wegen Verletzung über

II. Versäumnissverfahren.

Falls eine der im § aufgestellten Voraussetzungen vorliegt darf wenn auch nur ein Streitgenosse erscheint ein Versäumnissurtheil nicht ergehen, sondern es vertritt dieser alle übrigen. Es sollen widersprechende Urtheile unter allen Umständen vermieden werden. Das ergehende Urtheil ist den nicht erschienenen Streitgenossen gegenüber ebenso bindend wie wenn sie erschienen wären. Es kommt hinach auch materiell nicht die Vorschrift des § 296 zur Anwendung, nach welcher das thatsächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzusehen ist sondern gilt die Bestreitung der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen durch den erschienenen Beklagten auch für dessen ausgebliebene Streitgenossen. Umgekehrt müssen diese auch die Erklärungen und Zugeständnisse des erschienenen Streitgenossen für sich gelten lassen; es ist sonach in derartigen Fällen das Ausbleiben gefährlicher als in gewöhnlichen Fällen, in denen das Versäumnissurtheil durch Einspruch angefochten werden kann. Das Vertretungsrecht der nichtsäumigen Streitgenossen umfasst übrigens nur die Prozesshandlungen, bezüglich deren die C.-P.-O. (§ 208) allein eine Versäumung kennt. Zum Abschluss eines Vergleichs für die Nichterschienenen sind die erschienenen Streitgenossen nicht berechtigt. [1])

Die nothwendige Verbindung, welche § 59 anordnet gilt „nicht nur für den ersten Termin welcher zur mündlichen Verhandlung anberaumt ist, sondern für die ganze Dauer des Rechtsstreits; sie tritt ein sobald der Fall der Versäumung vorliegt und währt bis dahin, dass der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiligt. Diese Betheiligung ist ihm jederzeit gestattet und ist er zu neuen Terminen zu laden für welche es überhaupt einer besonderen Ladung der Partei bezw. nach § 60 einer Ladung der anderen Streitgenossen bedarf.“ (M. 423 u. 424.) Der ausgebliebene Streitgenosse, der hienach Partei bleibt und nach allen Richtungen hin (z. B. soweit es sich um das persönliche Erscheinen oder eine Eideszuschiebung handelt) als solche zu behandeln ist auch in der im § 95 angegebenen Weise an der Tragung theilzunehmen hat, kann der Vertretung durch die erschienenen Streitgenossen jederzeit ein Ende machen. Auch muss ihm zur Theilnahme an den Verhandlungen Gelegenheit gegeben werden. Bleibt er fortdauernd aus, so wird er bis zur Beendigung des Prozesses d. h. bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben durch die erschienenen Streitgenossen vertreten, muss aber bis zum Schluss also auch in den Rechtsmittelinstanzen beigezogen werden. Rechtsmittel werden in den Fällen des § 59 durch Einlegung Seitens eines Streitgenossen gewahrt. Besteht die Gemeinschaft auf Seiten des Gegners so muss die Einlegung allen Streitgenossen gegenüber er-

7/12 angefochten wird, dem Beklagten ausdrücklich das Recht eingeräumt zu verlangen, dass alle Mitverkäufer bezw. Miterben in den Prozess beigezogen werden. (Art. 1668 bis 1670 u. 1685 C. c. V. auch Sammlung der in Elsass-Lothringen geltenden Gesetze, Civilgesetzbuch Anm. 418 und 556 S. 91 und 127.)

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 85. A. M. ist von Amelunxen, der (a. a. O. S. 72) die Ansicht ausspricht, dass die Vertretungsbefugniss der Streitgenossen so weit reiche wie die Prozessvollmacht (§ 77.)

folgen.[1] Wenn einer seiner Streitgenossen von der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541 ff.) Gebrauch macht, muss der früher Ausgebliebene bei dem dadurch eröffneten Verfahren gleichfalls beigezogen werden.

III. Geständnisse der Streitgenossen.

Die C.-P.-O. hat in § 59 nur für den Fall, dass ein Theil der Streitgenossen ausbleibt, Bestimmung getroffen. Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, dass in allen Fällen, in welchen das streitige Rechtsverhältniss nur einheitlich festgestellt werden kann, auch wenn sämmtliche Streitgenossen erscheinen andere Grundsätze zur Anwendung kommen als in den Fällen des § 58. Da die Entscheidung für alle Streitgenossen in derselben Weise erfolgen muss ist der einzelne Streitgenosse nicht befugt, einseitig über das Streitverhältniss zu verfügen. Vielmehr haben Erklärungen, welche eine solche Verfügung enthalten insbesondere Geständnisse (§ 261) nur dann volle Wirksamkeit wenn sie von allen erschienenen Betheiligten ausgehen. (M. 424; n. Pr. III. S. 1040.) Wie das durch die Eideszuschiebung erzwungene oder zufolge der Eidesverweigerung fingirte Geständniss einzelner Streitgenossen für die Beurtheilung nicht unbedingt massgebend ist (§ 434 Abs. 2), so kann auch das freiwillige Geständniss eines Einzelnen nicht für die anderen Streitgenossen bindend sein. Vielmehr hat das Gericht nach freier Ueberzeugung über die Wahrheit der aufgestellten Behauptungen zu entscheiden. (§ 259.)

§ 60.

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muss, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

(E. § 60. M. 424. K. 25.)

Das Recht, den Prozess zu betreiben steht nach der C.-P.-O. im Allgemeinen wenn auch mit gewissen Beschränkungen den Parteien zu (Bem. zu §§ 152 ff.) und zwar kann dieses Recht von jeder Partei nicht bloss vom Kläger ausgeübt werden. Lässt die Partei, welche die Betreibung des Prozesses übernommen hat, (der „betreibende Theil") denselben liegen so ist jede andere Partei, soweit der Prozessbetrieb überhaupt den Parteien zusteht, befugt, die nöthigen Zustellungen zu veranlassen oder wenn dieselben unmittelbar durch das Gericht oder den Gerichtsschreiber zu veranlassen sind, die nöthigen Anträge zu stellen. Sind mehrere Streitgenossen mit gleichen Interessen vorhanden so hat jeder derselben das Recht der Betreibung. Dieses Recht können die Streitgenossen gemeinschaftlich ausüben und es wird dies regelmässig geschehen wenn dieselben einen und denselben Prozessbevollmächtigten haben. Ist dies nicht der Fall so kann wenn der betreibende Theil unthätig ist jeder Streitgenosse desselben die Betreibung in die Hand nehmen. Dass die Partei, welche den Prozess betreibt, alle Gegner zu den anberaumten

[1] V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 51; Hellmann I S. 220.

Terminen vorladen muss versteht sich von selbst. Nach dem System des Prozessbetriebs durch die Parteien muss aber der betreibende Theil auch seine eigenen Streitgenossen obgleich er diesen gegenüber keine Anträge zu stellen hat vorladen lassen da sie sonst von den gerichtlichen Verhandlungen, denen sie beizuwohnen haben, keine Kenntniss erhalten. Wurde dieser Vorschrift zuwidergehandelt so kann sich der Gegner der Verhandlung widersetzen; auch kann gegen denselben ein Versäumnissurtheil nicht ergehen. [1]) Die Partei, deren Streitgenosse geladen hat, kann gegen den Gegner Versäumnissurtheil erwirken auch wenn der Ladende nicht erschienen ist. [2]) Die Vorschriften des § 60, welche sich auch auf die in § 59 geregelte nothwendige Streitgenossenschaft erstrecken, gelten für die Rechtsmittelinstanzen wie für das Verfahren vor dem ersten Richter aber nur unter der Voraussetzung, dass sämmtliche Streitgenossen auch in der höheren Instanz am Prozess theilnehmen.

Dritter Titel.

Betheiligung Dritter am Rechtsstreit.

(§§ 61–73).

Vorbemerkungen.

Der Eintritt dritter Personen, welche weder ursprünglich an einem Rechtsstreite betheiligt waren noch als Erben oder sonstige Rechtsnachfolger der Hauptparteien an deren Stelle treten, in einen bereits anhängigen Prozess kann durch verschiedene Gründe veranlasst werden. Es kann dieser Eintritt erfolgen, um in unmittelbarer Weise die Interessen des Intervenienten den beiden Hauptparteien gegenüber zu wahren (Hauptintervention); er kann aber auch, wie es bei der Nebenintervention der Fall ist, dadurch veranlasst sein, dass der Intervenient ein Interesse an dem Sieg einer der Hauptparteien hat und desshalb diese unterstützen will. Im ersten Falle ist der Beitritt regelmässig ein freiwilliger, von keiner der Hauptparteien veranlasster. Im zweiten Falle kann der Beitritt ein freiwilliger, ja beiden Hauptparteien unerwünschter sein; es kann der Fall aber auch so liegen, dass derselbe durch eine der Hauptparteien veranlasst wurde. Dies geschieht wenn eine Hauptpartei, weil sie für den Fall des Unterliegens einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung erheben zu können oder den Anspruch eines Dritten befürchten zu müssen glaubt oder weil sie im Namen eines Anderen besitzt, einem Dritten den Streit verkündet und denselben um sich gegen gewisse Einwendungen zu schützen bestimmen will, in den Prozess einzu-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 51; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 86.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 51; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 86; Gaupp I S. 208. A. M. ist Endemann I S. 333.

treten. Nur die Intervention enthält eine Betheiligung eines Dritten am Rechtsstreit, von welcher Titel III nach der Ueberschrift handeln soll; die Streitverkündung, welche bezüglich ihrer Voraussetzungen wie hinsichtlich der Folgen, die der Nichteintritt des Dritten nach sich zieht, in das Gebiet des bürgerlichen Rechts gehört, kann nur eine solche Betheiligung (die sogen. „aufgeforderte Intervention“) veranlassen und hat keineswegs immer diese Wirkung. Immerhin musste die prozessualische Zulässigkeit, Form und Wirkung der verschiedenen Arten der Streitverkündung, zu denen auch die Benennung des Auktors gehört, in der C.-P.-O. geregelt werden und es geschah dies im Zusammenhang mit der Intervention. Es wird hienach im dritten Titel gehandelt:

I. Von der Hauptintervention; (§§ 61 und 62.)
II. Von der Nebenintervention; (§§ 63—68.)
III. Von der Streitverkündung; (§§ 69—72.)
IV. Von der Benennung des Auktors (§ 73).

Ob die nach französischem Recht (Art. 175 ff. C. de pr. c.) zulässige und in verschiedene neuere Prozess-Ordnungen übergegangene Garantie- oder Gewährschaftsklage — eine Verbindung der Klage auf Gewährleistung oder Schadloshaltung mit der Streitverkündung — und die zwangsweise Beiziehung eines Dritten zur Theilnahme an einem anhängigen Rechtsstreite („Beiladung“) zugelassen werden solle, wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen; man entschied sich aber gegen die Zulassung. (M. 428 und 429.) Auch wurden die in der J.-K. gestellten Anträge, durch welche die Aufnahme der Garantieklage bewirkt werden sollte, abgelehnt. (K. 27—29.)

Was die Beiladung anbelangt, so ist in einzelnen Fällen die Ladung einer anfangs nicht im Prozess befindlichen Person zur Theilnahme am Rechtsstreit ausdrücklich gestattet ja vorgeschrieben so die Ladung des Auktors (§ 73), die Ladung der Gläubiger Seitens des Drittschuldners im Zwangsvollstreckungsverfahren (§ 735) und die Ladung des Anwalts behufs Rückgabe von Urkunden (§ 126). Ausserdem kann eine Beiladung nöthig werden sofern nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts die sogen. exc. plurium litisconsortium zulässig ist und der Kläger, um diesen Einwand abzuwenden, nachträglich die Personen beizieht, welche nach der Behauptung des Beklagten hätten als Kläger mitauftreten oder als Beklagte mitbelangt werden müssen. Es handelt sich in diesen Fällen jedoch nicht immer um eine Beiladung im hergebrachten Sinne des Worts. Bei der Benennung des Auktors wird der Benannte lediglich zur Abgabe einer Erklärung vorgeladen und in den Fällen der exc. plurium litisconsortium wird nur eine Hauptpartei, welche von vornherein hätte am Prozess theilnehmen sollen, nachträglich beigezogen.

I. Hauptintervention.[1])

§ 61.

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

§ 62.

Der Hauptprozess kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

(E. §§ 61 u. 62. M. 424 u. 425. K. 25.)

I. Voraussetzungen der Zulässigkeit.

1) Damit eine Hauptintervention vorgenommen werden kann ist vor Allem erforderlich, dass bezüglich des Gegenstandes derselben bereits „zwischen anderen ein Prozess anhängig ist.“ Es wird also in der Regel vorausgesetzt, dass bereits eine Klage oder ein anderer Akt, der in Beziehung auf die Anhängigmachung des Prozesses der Klage gleichsteht, zugestellt worden ist. Die blosse Drohung mit einer Klage oder sonstige aussergerichtliche Handlungen z. B. eine Vorladung zum Sühneversuch (§ 471) können einen Dritten nicht zu einer Intervention berechtigen und nicht den Gerichtsstand begründen, der durch § 61 für die Hauptintervention geschaffen wird. Im amtsgerichtlichen Verfahren macht es keinen Unterschied, ob die Klage schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht ist. Vielmehr ist eine Hauptintervention in beiden Fällen zulässig sobald die Klageschrift bezw. das Protokoll zugestellt wurde. (§§ 457 und 460.) Ebenso ist dieselbe gestattet wenn die Parteien gemäss § 461 ohne Ladung und Terminsbestimmung zur Verhandlung eines Rechtsstreits vor Gericht erschienen sind oder bei einem auf Grund des § 471 vorgenommenen Sühneversuch im Fall des Nichtvergleichs die sofortige Verhandlung des Rechtsstreits beantragt haben und der die Klage ersetzende mündliche Vortrag erfolgte. (§ 471.)

Soweit es sich um die Zwangsvollstreckung eines Urtheils oder einer voll-

[1]) Bezüglich der Lehre von der Hauptintervention nach gem. Prozess sind insbesondere zu vergleichen: Wetzel § 64 S. 694 ff.; Renaud: § 153 S. 406 ff.; Plank: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten: § 55 S. 439 ff.; Linde: Abhandl. aus dem Civilprozess I Nr. X S. 148 ff.

streckbaren Urkunde (§§ 644 und 702 ff.) handelt enthält § 690 besondere Vorschriften, welche massgebend sind wenn ein Dritter auf Grund eines ihm am Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehenden Rechts gegen die Zwangsvollstreckung Widerspruch erheben will.

2) Die Hauptintervention ist „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits“ also so lange noch ein Rechtsmittel zulässig ist gestattet. Dieselbe wird hienach nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil vorliegt. Findet zufolge einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens statt (§ 541 ff.), so kann ein Dritter erst dann vor dem betr. Gerichte eine Hauptintervention geltend machen wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens für zulässig erklärt und über die Hauptsache von Neuem verhandelt wird. (§ 553.) Da die Hauptintervention stets einen zwischen anderen Personen anhängigen Prozess voraussetzt, ist dieselbe auch dann nicht mehr zulässig wenn ein solcher Prozess zwar nicht durch Urtheil aber durch Zurücknahme der Klage (§ 243) oder durch Vergleich beendigt worden ist. Liegt ein Verzicht auf die Klage oder eine Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs vor (§§ 277 und 278), so wird dadurch allein die Hauptintervention nicht ausgeschlossen da der Prozess dadurch nicht beendigt wird der Gegner vielmehr darauf bestehen kann, dass ein Urtheil ergehe. Wohl aber ist dies der Fall wenn der Verzicht bezw. das Anerkenntniss vom Gegner angenommen und auf Erlass eines Urtheils verzichtet wurde. In diesem Falle liegt die Sache ebenso wie wenn ein förmlicher Vergleich abgeschlossen worden wäre. [1]) Durch § 236 ist übrigens die Hauptintervention für den Fall, dass die in Streit befangene Sache veräussert oder der geltend gemachte Anspruch cedirt wurde, dem Rechtsnachfolger auch dann untersagt wenn der Prozess noch nicht rechtskräftig entschieden wurde.

3) Ob die Sache oder das Recht, welches der Hauptintervenient beansprucht — auch Forderungsrechte gehören hierher — mittelst einer dinglichen oder persönlichen Klage verlangt wird, ist gleichgültig. Ebenso kommt nichts darauf an, ob die Sache oder das Recht im Hauptprozess schon den Gegenstand der Hauptklage bildete oder ob sich lediglich eine Widerklage oder Incidentfeststellungsklage (§ 253) auf dieselbe bezieht. Dagegen wird ebenso wie nach gemeinem Prozess und nach den meisten Prozess-Ordnungen vorausgesetzt, dass der Anspruch des Hauptintervenienten wenigstens eine der Parteien des Hauptprozesses ganz oder theilweise mit ihrem Anspruch ausschliesst, da sonst nicht die Sache bezw. das Recht in Anspruch genommen wird, über das die Hauptparteien streiten. [2]) Eine Bescheinigung des vom Hauptintervenienten geltend gemachten Anspruchs wird nicht verlangt.

Dass die Hauptintervention sich zu derselben Prozessart eigne, welche für

[1]) V. von Sarwey Bd. I S. 128; Gaupp Bd. I S. 211; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 88. A. M. sind Puchelt Bd. I S. 255 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 54.

[2]) V. Puchelt Bd. I S. 264; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 54; von Sarwey Bd. I S. 127; Kleiner Bd. I S. 325, 326.

den Hauptprozess vorgeschrieben ist, wird da dieselbe als selbständige Klage anzusehen und eine gemeinschaftliche Verhandlung keineswegs nothwendig ist nicht erfordert.

II. Geltendmachung der Hauptintervention. Rechtliche Natur derselben.

Die Hauptintervention ist eine selbständige Klage, für welche nur mit Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit den im Hauptprozess geltend gemachten Ansprüchen ein besonderer Gerichtsstand begründet wurde. Sie ist desshalb in derselben Form anzubringen wie jede andere Klage (§§ 191 ff. u. 230 ff.) und eine in ungehöriger Form (z. B. in einem gewöhnlichen Schriftsatz) angebrachte Hauptintervention müsste als unzulässig angesehen werden. Dieselbe ist gegen beide Parteien als Streitgenossen zu richten; die Klageschrift muss desshalb auch beiden Parteien und zwar wenn auf der einen oder andern Seite Streitgenossen vorhanden sind allen diesen zugestellt werden. (§ 60.) Wird diese Vorschrift nicht befolgt, so kann da die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beobachtet wurde der die Hauptintervention erhebende Kläger auf keines der Rechte Anspruch machen, welche diese gewährt; es wird durch dieselbe kein besonderer Gerichtsstand begründet und es kann der Kläger nicht verlangen, dass der Hauptprozess ausgesetzt werde. Ist jedoch die Zuständigkeit des fraglichen Gerichts auch abgesehen von der Vorschrift des § 61 begründet, so ist die Klage da auf den Namen nichts ankommt nicht abzuweisen sondern als gewöhnliche Klage zu behandeln. Die Klage, durch welche die Hauptintervention angebracht wird ist unter allen Umständen auch wenn der Hauptprozess sich zur Zeit in einer höheren Instanz befindet bei dem Gerichte zu erheben, bei welchem dieser Rechtsstreit in erster Instanz anhängig gemacht wurde. Die Hauptintervention gewährt also keinen Anspruch auf gemeinschaftliche Verhandlung (Bem. I. 3) ja nicht einmal ein Recht auf Verhandlung vor demselben Gericht. Dass diese Klage als Intervention bezeichnet wird, erklärt sich nur aus der historischen Entwicklung des Instituts. [1])

III. Wirkungen der Hauptintervention.

1) Die Hauptintervention kann vor dem Gerichte, vor welchem der Hauptprozess in erster Instanz anhängig gemacht wurde auch dann angebracht werden wenn dieses zur Entscheidung über den erhobenen Anspruch an sich nicht zuständig ist. Es wird sonach durch § 61 ein besonderer Gerichtsstand begründet. Diese Wirkung tritt jedoch nur dann ein wenn die Hauptintervention als solche zulässig ist. Wird dieselbe weil sie sich nicht auf die nämliche Sache oder das nämliche Recht bezieht, um das im Hauptprozess gestritten wird, für unzulässig erklärt so kann die Klage wegen mangelnder Zuständigkeit abgewiesen werden. Die Frage ob der mit der Hauptintervention geltend gemachte Anspruch begründet ist, berührt die Zuständigkeit nicht; der unbegründete Anspruch ist vielmehr einfach abzuweisen.

1) V. Plank: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 461 ff. und Schultze: Die rechtliche Stellung des sogen. Nebeninterwenienten in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess J. II S. 30.

Dass die bei einem Landgerichte anhängig gemachte Hauptintervention vor derselben Kammer zu verhandeln ist, welcher der Hauptprozess zugewiesen wurde, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Nach § 62 G.-V.-G. wird dieselbe aber in der Regel vor dieser Kammer zu verhandeln sein; jedenfalls entspricht es dem Geiste des Gesetzes, dass sie derselben zugewiesen wird. Ist der Hauptprozess vor der Kammer für Handelssachen anhängig, so kann die Hauptintervention nach § 108 G.-V.-G. nur dann bei dieser Kammer geltend gemacht werden wenn sie nach den allgemeinen Vorschriften (§ 101) vor dieselbe gehört. Die Intervention ist aber wenn diese Voraussetzung fehlt nicht unzulässig sondern es ist nur vor einer anderen Kammer über dieselbe zu verhandeln. Das Gesetz erklärt die Intervention nicht für unstatthaft. Auch setzt dieselbe eine gemeinsame Verhandlung nicht nothwendig voraus.[1]) Eine Intervention kann ausserdem in höheren Instanzen stattfinden, und ist dann für den Intervenienten insofern nicht gegenstandslos als sie ihm das Recht gibt, die Aussetzung des Hauptprozesses zu beantragen.

2) Die Hauptintervention hat die Folge, dass die beiden Parteien, zwischen denen der Hauptprozess anhängig ist, dem Hauptintervenienten als Streitgenossen gegenüber stehen. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Auch wurde in den Motiven (421) diese Wirkung der Hauptintervention hervorgehoben. Ob diese Streitgenossenschaft unter § 58 fällt oder, weil das Rechtsverhältniss allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, als eine nothwendige im Sinn des § 59 anzusehen ist, muss im einzelnen Fall nach der Natur der erhobenen Ansprüche und der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse entschieden werden. Dass der Hauptintervenient zugleich einer Partei als Nebenintervenient beitritt, ist nicht ausgeschlossen. (Bem. 4 zu § 64.)

3) Ein Recht auf gemeinschaftliche Verhandlung des Hauptprozesses und der Hauptintervention hat das Gesetz dem Hauptintervenienten nicht eingeräumt. Auch konnte dies gar nicht geschehen weil die Prozesse in verschiedenen Instanzen anhängig sein können. Es steht aber dem Gerichte, bei welchem beide Prozesse anhängig sind, auch hier (nach § 138) das Recht zu, die Verhandlung bezüglich der verschiedenen Klagen zu verbinden. Nach § 62 kann der Hauptprozess auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden und es kann diese Aussetzung, falls die Voraussetzungen des § 139 vorliegen, auch von Amtswegen angeordnet werden.

Ueber die Aussetzung hat immer dasjenige Gericht zu entscheiden, bei dem der Hauptprozess anhängig ist und zwar auch dann wenn der durch die Hauptintervention entstandene Prozess in einer anderen Instanz schwebt. In diesem Falle ergibt sich für den Hauptintervenienten, der die Ausssetzung beantragen will, eine Schwierigkeit da er bei dem zur Entscheidung zuständigen Gerichte nicht als Partei im Prozess ist und bei demselben (nach § 61) seine Klage nicht anbringen kann. Da ihm das Recht, die Aussetzung zu beantragen,

[1]) V. auch Hellmann Bd. I S. 225, 226; Struckmann-Koch III. Aufl. zu § 108 G.-V.-G. S. 906. A. M. ist Puchelt Bd. I S. 253.

durch das Gesetz eingeräumt werden sollte, muss ihm zu diesem Behufe ein Weg eröffnet werden. Der Natur der Sache nach besteht dieser darin, dass der Hauptintervenient die Parteien im Hauptprozess, die jedenfalls gehört werden müssen, durch Zustellung eines Schriftsatzes von seinem Begehren benachrichtigt und die Anberaumung eines Termins beantragt, in welchem über dieses mündlich verhandelt wird.

II. Nebenintervention.[1])

(§§ 63—68.)

§ 63.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, dass in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

(E. § 63. M. 425. K. 25.)

1) Die Nebenintervention unterscheidet sich von der Hauptintervention dadurch, dass der Nebenintervenient nicht mit einem besonderen Begehren auftritt und sich dadurch beiden Hauptparteien als Gegner gegenüberstellt sondern lediglich einer dieser Parteien zum Zweck der Unterstützung derselben beitritt. Derselbe ist desshalb nicht als selbständige Partei oder Streitgenosse einer Partei sondern lediglich als Streithelfer derselben anzusehen. Durch das im Prozess ergehende Urtheil wird ungeachtet der stattgehabten Nebenintervention nur über das Rechtsverhältniss unter den Hauptparteien entschieden. Der Nebenintervenient kann desshalb nicht mehr thun als die Interessen der Partei, welcher er beigetreten ist, fördern und dieser zum Siege verhelfen. Selbst soweit er diesen Zweck verfolgt ist er aber (sofern nicht § 66 zur Anwendung kommt) bezüglich der Mittel von der Hauptpartei abhängig, welche durch ihren Widerspruch seinen Handlungen die Wirksamkeit entziehen kann. (§ 64).

2) Die Nebenintervention setzt wie die Hauptintervention voraus, dass

[1]) Bez. des Instituts der Nebenintervention nach gemeinem Recht sind zu vergleichen: Wetzel: §§ 7—8 S. 28 ff.; Renaud § 47 S. 102 ff.; Maxen: die sog. accessorische Intervention; Brauer: die Grundlagen der Nebenintervention etc. (Archiv für civilist. Praxis Bd. 24 S. 423 ff.); Gensler: Verwandtschaft der adcitatio, nom. auctoris u. lit. den mit der Intervention (ib. Bd. IV. S. 175 ff.); von Canstein Streitgenossenschaft und Nebenintervention vom Standpunkt der öster. Gesetzgebung; Schultze: die rechtl. Stellung des sogen. Nebenintervenienten. Letztere Abhandlung erschien zuerst in Busch's Zeitschr. für deutschen Civilprozess J. II S. 20 ff., dann aber auch im Buchhandel.

zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig ist, in welchen der Intervenient eintreten will und ist gleich dieser nur zulässig solange der abhängige Rechtsstreit nicht rechtskräftig entschieden ist. Dass die Nebenintervention auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen kann, hängt mit der Stellung des Nebenintervenienten als Streitgehülfe und damit zusammen, dass er stets in diejenige Instanz eintritt, in welcher der Prozess gerade anhängig ist. (Bem 2 zu § 64.)

3) Damit die Nebenintervention zulässig ist, muss der Nebenintervenient „ein rechtliches Interesse daran haben, dass in dem in Frage stehenden Prozesse die eine Partei obsiege." Ein solches Interesse liegt dann vor wenn die Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten in der einen oder anderen Weise durch den Ausgang des Prozesses berührt werden. Insbesondere ist dasselbe vorhanden wenn ein dem Nebenintervenienten zustehendes Recht dadurch bedingt ist, dass die Partei, welcher er beitreten will obsiegt oder wenn dieser Partei, falls sie unterliegen sollte, ein Rechtsanspruch gegen den Nebenintervenienten zustehen würde. Den Gegensatz zum rechtlichen Interesse bilden solche Interessen welche lediglich intellektueller oder moralischer Natur sind, sich also nicht auf die Rechtsverhältnisse des Intervenienten beziehen. [1])

Dass das Interesse des Nebenintervenienten ein eigenes sein müsse, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Es versteht sich dies aber von selbst. [2]) Auch soweit der Gläubiger in der Lage ist, die seinem Schuldner zustehenden Rechte geltend zu machen, sucht derselbe sein eigenes Interesse zu wahren. Dies ist namentlich der Fall soweit der Code Napoléon gilt der den Gläubigern (in Art. 1166 c.) ausdrücklich gestattet alle Rechte und Klagen, welche ihren Schuldnern zustehen und welche nicht höchst persönlicher Natur sind, selbständig auszuüben. Dieses den Gläubigern zustehende Recht wird gefährdet wenn der Schuldner selbst den Prozess führt da die darin ergehende Entscheidung auch für die Gläubiger bindend ist; es sind desshalb diese, welche die dem Schuldner zustehenden Ansprüche klageweise geltend machen dürfen, auch berechtigt, zu dessen Unterstützung zu interveniren. (M. S. 425.)

4) Von einer besonderen Art der Nebenintervention, welche durch die Veräusserung einer im Streit befangenen Sache bezw. Cession eines streitigen Rechts veranlasst wird, handelt § 236. Ferner wird eine eigenthümliche Nebenintervention (mehr kontrolirender Art) durch das deutsche Handelsgesetzbuch (Art 194 u. 226) den Aktionären einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und einer Aktiengesellschaft eingeräumt, welche durch § 13 Einf.-Ges. aufrecht erhalten ist.

§ 64.

Der Nebenintervenient muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidi-

[1]) V. Schultze a. a. O. S. 34 ff.; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 55; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 90.

[2]) V. Schultze a. a. O. S. 34 Anm. 34.

gungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

(E. § 64. M. 425. K. 25 u. 26.)

1) Die Vorschriften des § haben soweit sie eine Beschränkung enthalten ihren Grund darin, dass der Nebenintervenient als solcher nicht Prozesssubjekt sondern nur Streitgehülfe einer Partei ist, dass nicht über einen von ihm erhobenen, sondern über einen zwischen den Hauptparteien streitigen Anspruch gestritten wird. Diese Beschränkung ist aber nicht über den Wortlaut des § auszudehnen. Der Nebenintervenient ist wenn er auch nur für die Hauptpartei handelt doch kraft eigenen Rechts befugt, Prozesshandlungen mittelst deren er der Hauptpartei glaubt zum Siege verhelfen zu können vorzunehmen und diese Prozesshandlungen sind wirksam, sofern die Hauptpartei nicht ausdrücklich Widerspruch dagegen erhebt. Solange ein solcher Widerspruch nicht erfolgt handelt der Nebenintervenient in wirksamer Weise im Namen der Hauptpartei, welche er kraft des ihm zustehenden Rechts vertritt.[1])

2) Dass der Nebenintervenient alle Handlungen, welche die Hauptpartei vor seinem Eintritt in den Prozess vorgenommen hat und die Folgen, welche sich aus Unterlassungen derselben (z. B. bezüglich der Zuständigkeit, des Ablehnungsrechts etc.) ergeben, anerkennen muss auch auf Streitpunkte, welche durch Theil- oder Zwischenurtheil erledigt wurden, nicht mehr zurückkommen kann, ergibt sich aus dem ersten Satz des §. Aus der weiteren Vorschrift desselben erhellt, dass alle vom Nebenintervenienten vorgenommenen Handlungen und Erklärungen, sofern nicht § 66 zur Anwendung kommt, sofort unwirksam werden sobald sich die Hauptpartei denselben widersetzt oder sie zurücknimmt. Dies gilt nicht bloss bezüglich der Anerkennung oder Bestreitung der Zuständigkeit, der Ablehnung eines Richters, sowie der Erklärungen, Einreden, Beweisanerbieten etc., die sich auf den Grund der Sache beziehen, sondern auch bezüglich der Rechtsmittel. (M. 425.) Auch der Gläubiger der in einem von seinem Schuldner geführten Prozess intervenirt, um gemäss Art. 1166 Code civil dessen Rechte auszuüben wird durch in § 64 vorgesehene Beschränkung getroffen.[2]) Soweit ein solcher Widerspruch nicht erfolgt ist, kann der Nebenintervenient alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend machen und alle erforderlichen Prozesshandlungen ebenso wirksam vornehmen, wie wenn solche von der Hauptpartei vorgenommen wären. Er kann also durch sein Erscheinen Versäumnissurtheile von der Partei abwenden, Prozessbevollmächtigte bestellen oder selbst verhandeln, Beweise anbieten, Eide zuschieben und die gegen die Hauptpartei ergangenen

[1]) V. hiezu Schultze a. a Ort S. 47 ff. und S. 88 ff. der ausführlich entwickelt, dass der Nebenintervenient nur soweit es sich um das materielle Rechtsverhältniss handle als Beistand der Hauptpartei bezeichnet werden könne, dagegen prozessrechtlich als „Vertreter“ der Hauptpartei aufzufassen sei.

[2]) V. O.-L.-G. Köln 1. Februar 1881, rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II. S. 101 ff.

Urtheile durch Einspruch oder durch Rechtsmittel anfechten, sowie die eingelegten Rechtsmittel durchführen.[1]) Dass ein vom Nebenintervenienten abgegebenes Geständniss nur dann (im Sinne des § 261) bindend ist wenn die Hauptpartei demselben nicht widerspricht, ergibt sich hienach von selbst. Es wird aber dadurch nicht ausgeschlossen dass Erklärungen, welche der Nebenintervenient abgibt, die Ueberzeugung des Gerichts bestimmen (§ 259). Bezüglich der Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides an den Nebenintervenienten bestimmt § 414, dass dieselbe unzulässig ist sofern derselbe nicht (gemäss § 66) als Streitgenosse gilt.

3) Bezüglich der Frage ob die Hauptpartei dem Nebenintervenienten die alleinige Durchführung des Prozesses überlassen könne wurde in den Motiven (425) bemerkt, dass dies die Zustimmung des Gegners voraussetze. Auch entspricht diese Auffassung den gesetzlichen Vorschriften, da durch den Beitritt des Nebenintervenienten an dem Verhältniss unter den Hauptparteien nichts geändert wird, und keine derselben das Recht hat, sich dem Gegner zu entziehen und aus dem Prozesse auszuscheiden, obgleich sie die Fortführung desselben will. Hat eine Partei die Absicht, das Recht des Gegners anzuerkennen und dadurch dem Prozess ein Ende zu machen, so stehen ihr die Wege offen, welche die C.-P.-O. in dieser Beziehung gewährt. (V. §§ 243, 277 u. 278.) Will sie aber die gegnerischen Ansprüche bekämpfen, so hat der Gegner Anspruch darauf, dass sie im Prozess verbleibe, damit das Urtheil gegen sie ergehe, dadurch ihr gegenüber rechtswirksam werde und sie ihm für die Kosten hafte. Das Alles steht aber nur dem förmlichen Ausscheiden der Partei entgegen, welcher der Nebenintervenient beigetreten ist. Dagegen ist dieselbe nicht gehindert, sich bezüglich der Prozessführung passiv zu verhalten und dieselbe vollständig dem Nebenintervenienten zu überlassen. In diesem Sinne wurde die Sache auch in der J.-K. (25. 26) aufgefasst.

4) In den Motiven (425) wurde ferner bemerkt: „Ebensowenig darf der Nebenintervenient gegen den Willen des Gegners als Hauptpartei neben der Prozesspartei, zu deren Gunsten er intervenirt, in den Prozess eintreten.“ Diese Bemerkung ist insofern richtig, als es nicht im Belieben des Nebenintervenienten stehen kann, die ihm durch das Gesetz zugewiesene rechtliche Stellung zu ändern und sich zur Hauptpartei bezw. zum Streitgenossen zu machen obgleich die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu nicht vorliegen. Wenn aber Jemand in einem Prozesse als Nebenintervenient aufgetreten ist, kann ihn dies nicht hindern, später die etwaigen Rechte die ihm an der streitigen Sache oder Forderung zustehen auf dem Wege der Hauptintervention geltend zu machen und in dieser Weise den durch § 61 geschaffenen besonderen Gerichtsstand zu benützen. Ja

1) V. Schultze a. a. O. S. 24 und 88 ff. insbes. S. 94; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 56; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 91; Hellmann I S. 232; Bolgiano Handbuch S. 229. Dass der Nebenintervenient zur selbständigen Einlegung der Berufung berechtigt ist entschied auch das O.-L.-G. Colmar am 9. Juli 1880, jur. Zeitschrift für E.-L. J. VI S. 25. A. M. sind hinsichtlich der Befugniss, die Versäumniss abzuwenden: Seuffert S. 64 ff. der auch die Befugniss zur Einlegung der Rechtsmittel in Frage stellt, sowie von Sarwey I S. 133; Kleiner I S. 339 ff.; Gaupp Bd. I S. 219.

derselbe kann, obgleich er die von ihm anzustellende Klage gegen beide Hauptparteien zu richten hat und diesen sonach in dem durch die Hauptintervention eingeleiteten Prozess formell als Gegner gegenüber steht, doch seine Stellung als Nebenintervenient im ersten Prozess beibehalten. Einmal handelt es sich hier um zwei verschiedene auch formell getrennte Prozesse. Sodann kann der Fall so liegen, dass der Intervenient nur den Anspruch einer der Hauptparteien ausschliesst und kann derselbe jedenfalls ein Interesse daran haben, dass falls er mit seinem Anspruche nicht durchdringt die Partei, welcher er als Nebenintervenient beigetreten ist, obsiege. [1])

§ 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, dass der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, dass die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

(E. § 65. M. 425. K. 26.)

1) Durch das im Hauptprozess ergangene Urtheil wird (von den im § 66 vorgesehenen Fällen abgesehen) nur über das Rechtsverhältniss unter den Hauptparteien entschieden. Dieses Urtheil kann dem Nebenintervenienten gegenüber niemals vollstreckt werden und der gegen denselben erhobene Regressanspruch setzt auch wenn er auf dieses Urtheil gestützt wird noch eine andere Entscheidung in einem neuen Prozesse voraus. Aber immerhin kann dieses Urtheil auch auf das Verhältniss zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei, welcher er beigetreten ist, besonders auf die von dieser etwa erhobenen Regressansprüche Einfluss haben. Es wird nämlich die im Hauptprozesse unterliegende Partei, sei es dass sie gegen den Nebenintervenienten Regressansprüche erhebt sei es dass sie sich gegen Ansprüche welche von diesem erhoben werden vertheidigt, sich häufig auf dieses Urtheil berufen und es wird sich dann fragen, wie weit der Nebenintervenient sich eine solche Berufung gefallen lassen und das Urtheil als richtig anerkennen muss. An sich wäre diese Frage nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden. Mit Rücksicht auf den innigen Zusammenhang, in

[1]) V. dag. Struckmann-Koch III. Aufl. § 62 Bem. 3 S. 55, ferner Gaupp Bd. I S 212.

welchem dieselbe mit dem Institut der Intervention steht hat aber die C.-P.O. „über den Bereich des Prozessrechts hinausgegriffen, um für diese wichtigen und vielfach bestrittenen Rechtsfragen die Rechtseinheit zu begründen.“ (M. 426.)

2) Derjenige, welcher in einem Prozess als Nebenintervenient eingetreten ist, muss (nach § 65) die Entscheidung dieses Rechtsstreits, wie derselbe dem Richter vorgelegen hat, als richtig gelten lassen. Er kann also wenn die Hauptpartei, der er beitrat, den Prozess eingeleitet hat den Einwand erheben, dass diese hätte eine andere Klage erheben sollen wird aber nicht mit der Behauptung gehört, der Prozsss sei so wie er vorlag unrichtig entschieden worden. Dieser Satz gilt sowohl wenn die Nebenintervention durch eine Streitverkündung veranlasst wurde (§ 69) als wenn dieselbe ohne eine derartige Aufforderung erfolgte. Wenn eine Streitverkündung nicht vorausging also § 71 nicht zur Anwendung kommt kann sich der Nebenintervenient der angeführten Folge der Nebenintervention dadurch entziehen dass er die Nebenintervention ehe eine Entscheidung erfolgt wieder aufgibt. Bei Aufstellung des Entwurfs wurde erwogen ob nicht eine Bestimmung aufzunehmen sei, welche vorschreibe, dass derjenige welcher sich an einem Prozesse als Nebenintervenient betheiligt habe, die Versäumung der Streitverkündung nicht geltend machen dürfe. Man kam aber zur Ansicht, „dass eine solche generelle Bestimmung nicht zweckmässig sei, da ihr Inhalt sich meist von selbst verstehen werde, andererseits aber, da der freiwillige Beitritt des Nebenintervenienten erst im späteren Verlaufe des Rechtstreits erfolgt sei oder auch die Betheiligung des Intervenienten später aufgehört haben könne, im einzelnen Falle zu entscheiden sein werde, ob die Nebenintervention die Litisdenunziation decke.“ (M. 426.) [1])

3) Im Allgemeinen kann der Nebenintervenient in dem später zwischen ihm und der von ihm unterstützten Hauptpartei anhängig gewordenen Rechtsstreite nicht geltend machen, diese habe den Prozess mangelhaft geführt da er selbst in der Lage war, den Angriff bezw. die Vertheidigung in der ihm richtig erscheinenden Weise durchzuführen und die Thätigkeit der Hauptpartei zu ergänzen. Da aber vor seinem Eintritt in den Prozess schon Fehler begangen worden sein können, die er nicht mehr gut machen konnte, kann er bezüglich der vor seinem Eintritt liegenden Zeit diesen Einwand vorbringen sofern es nicht seine Schuld war, dass er so spät in den Prozess eintrat, d. h. er einer Streitverkündung nicht rechtzeitig Folge leistete. (§ 71.) Ebenso wird der Nebenintervenient, der seine Intervention zurückgenommen hat sofern nicht § 71 zur Anwendung kommt den Einwand des mangelhaft geführten Prozesses auch bezüglich derjenigen Zeit geltend machen dürfen, welche der Zurücknahme nachfolgte. (V. Bem. 2.)

4) Mit Rücksicht darauf, dass der Nebenintervenient bezüglich der Prozessführung an die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der von ihm unterstützten Hauptpartei gebunden ist und gegen deren Willen kein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bezw. Rechtsmittel geltend machen kann bestimmt § 65, dass

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 57. A. M. sind Puchelt Bd. I S. 264 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 92.

der Einwand des mangelhaft geführten Prozesses demselben dann erhalten bleibt, „wenn er durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei“ — eines von beiden genügt natürlich — „verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen.“ Ob ein solcher Fall vorliegt, hat das Gericht zu beurtheilen, welches über die gegen den Nebenintervenienten gerichtete Klage zu entscheiden hat. Aber es ist Sache des Nebenintervenienten, seinen Einwand zu begründen. Desshalb empfiehlt es sich für ihn, im Hauptprozess diejenigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel, die er für zweckmässig hält ohne Rücksicht auf das Widerstreben der Hauptpartei geltend zu machen und dadurch festzustellen, dass er an deren Durchführung gehindert wurde. Die Frage ob das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, an dessen Geltendmachung bezw. Durchführung der Nebenintervenient durch die Hauptpartei gehindert wurde, voraussichtlich eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde, ist vom Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden.

5) Wenn auch der Nebenintervenient dem Prozess von vornherein beigetreten war und in keiner Weise an der Unterstützung der Hauptpartei gehindert wurde, so würde es doch hart für ihn sein wenn ihm ein Urtheil entgegengehalten würde, das lediglich dadurch herbeigeführt wurde, dass die Hauptpartei es absichtlich oder zufolge eines groben Verschuldens unterliess, ein bestimmtes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen. Desshalb wird durch den Schlusssatz des § der Einwand des mangelhaft geführten Prozesses auch für den Fall aufrecht erhalten, dass der Intervenient eine solche Versäumniss nachzuweisen vermag. Hierbei wird vorausgesetzt, dass dem Intervenienten das betr. Angriffs- oder Vertheidigungsmittel unbekannt war, da er andernfalls selbst in der Lage war, dasselbe geltend zu machen und desshalb nicht behaupten kann, der Prozess sei durch die Schuld der Hauptpartei verloren gegangen. In der Regel wird der Intervenient nachweisen müssen, dass das betr. Angriffs- oder Vertheidigungsmittel der Hauptpartei bekannt war. Doch kann es auch zur Begründung des „groben Verschuldens“ genügen wenn er nachweist, dass diese bei gehöriger Sorgfalt dasselbe hätte kennen und davon Gebrauch machen müssen. Nur darf dann nicht dasselbe Verschulden auch auf Seite des Nebenintervenienten vorliegen.

§ 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniss des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

(E. § 66. M. 426. K. 26.)

1) Im Allgemeinen geht die C.-P.-O. von der Voraussetzung aus, dass das im Hauptprozess ergehende Urtheil den Nebenintervenienten, der ja nicht streitender Theil sondern nur Streitgehülfe ist, nicht unmittelbar berührt und namentlich in Beziehung auf das Rechtsverhältniss zwischen ihm und dem Gegner der

Partei, der er beigetreten ist, keine rechtskräftige auch den Nebenintervenienten bindende Entscheidung enthält. Insbesondere beruhen die Vorschriften der §§ 64 und 65 auf dieser Voraussetzung und können nur soweit diese zutrifft Geltung behalten. Das entscheidende bürgerliche Recht kennt aber Fälle, in welchen die Entscheidung nicht bloss die im Prozess befindlichen Parteien und deren Rechtsnachfolger bindet, sondern sich die Rechtskraft des Urtheils auch auf andere Personen erstreckt[1]). Mit Rücksicht auf derartige „Erweiterungen der Rechtskraft" bestimmt § 66, dass in solchen Fällen der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei im Sinne des § 58 gelte. Der Gläubiger, der auf Grund des Art. 1166 Code civil in den Prozess des Schuldners intervenirt, um dessen Rechte auszuüben, gilt nicht als Streitgenosse des Schuldners. (Bem. 2 zu § 64.)

2) Auch in den Fällen, in welchen § 66 zur Anwendung kommt hört der Intervenient nicht auf, Streitgehülfe der Hauptpartei zu sein. Er hat im Wesentlichen die Aufgabe, der Hauptpartei zum Sieg zu verhelfen und damit auch seine eigenen Interessen zu wahren. Aber die Stellung des Intervenienten ist soweit es sich um das materielle Rechtsverhältniss handelt eine andere als bei der gewöhnlichen Intervention. Da er unmittelbar am Ausgang des Prozesses betheiligt ist, darf er seine Interessen dem Gegner gegenüber unbedingt und in selbständiger Weise wahren. Desshalb ist er auch bezüglich der Prozessführung von der Hauptpartei unabhängig und kann, da § 64 bezüglich seiner Thätigkeit keine Anwendung findet, selbständig alle Angriffs- oder Vertheidigungsmittel vorbringen ohne dass ihn die Hauptpartei durch Widerspruch daran hindern kann. Er kann der Hauptpartei auch mit solchen Mitteln zum Siege verhelfen, von denen diese keinen Gebrauch machen will. Ja er kann auch gegen

[1]) Bezüglich des gemeinen Rechts sind zu vergl.: Savigny: System Bd. VI § 301 S. 469 ff.; Endemann: das Princip der Rechtskraft § 14 S. 141 ff.; Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen Bd. V Nr. III S. 81 u. ff.; hinsichtlich des preuss. Rechts: A. L.-R. II 2 u. I 16 sowie I 12 § 298, sodann Förster: preussisches Privatrecht I § 56 S. 280 ff. Was das französische Recht anbelangt, so wird in demselben ziemlich streng an dem Grundsatz festgehalten, dass sich die Rechtskraft eines Urtheils bloss auf die Personen erstreckt, welche im Prozess Partei waren oder durch eine Partei repräsentirt wurden. Dies gilt insbesondere auch für Statusklagen und für Prozesse, welche zwischen dem Intestaterben und dem Universal-Legatar über die Gültigkeit eines Testaments geführt werden. Auch bezüglich der Miteigenthümer, Solidarschuldner, Bürgen etc. wird meist angenommen, dass das Urtheil, welches einem einzelnen Miteigenthümer oder Mitschuldner bezw. dem Hauptschuldner gegenüber ergangen ist, für die übrigen nicht bindend sei. (V. Aubry et Rau § 769 S. 482 ff.) Doch besteht im Einzelnen Streit bezüglich der Frage, ob eine bestimmte Person durch eine andere im Prozess repräsentirt wurde. (S. Aubry et Rau a. a. O.) Insbesondere ist es bestritten, ob der Bürge durch den Hauptschuldner und der Hypothekargläubiger durch seinen Schuldner in Prozessen über das Eigenthum an der verpfändeten Sache repräsentirt wird. Auch ist in manchen Fällen für einen Dritten, der ein selbständiges Interesse hat, doch das gegen seinen Rechtsvorgänger nach Uebertragung der betr. Sache oder Forderung erlassene Urtheil massgebend, z. B. wenn der Käufer seinen Erwerbsakt erst nachher transscribiren oder der Cessionär seinen Akt dem Schuldner erst später zustellen liess. Es wird also an Fällen, in denen § 66 zur Anwendung kommt, nicht fehlen.

den Willen der Hauptpartei die vom Gegner gestellten Anträge bekämpfen, weil er eben seine eigenen Interessen in selbständiger Weise wahren darf und ihm zu diesem Zwecke die Stellung eines Streitgenossen eingeräumt wurde. Kraft dieser Stellung steht er dem Gegner „selbständig als Einzelner" gegenüber (M. 426), und es finden auf ihn bezüglich des Eides und der Kostenfrage die §§ 414 und 434, sowie die §§ 95 und 96 Anwendung.[1])

In der Regel wird bezüglich der Stellung des Nebenintervenienten zur Hauptpartei, auf deren Seite er steht, § 58 massgebend sein so dass jeder derselben dem Gegner selbständig gegenüber steht und die Handlungen des einen dem Anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen können. Liegt aber der Fall so, dass das streitige Verhältniss nur in einheitlicher Weise festgestellt werden kann, so muss obgleich das Gesetz nur auf § 58 verweist doch § 59 zur Anwendung kommen, der in diesem Falle durchgreifende Geltung hat und auf den schon in § 58 verwiesen ist.[2])

[1]) Schultze führt in seiner Abhandlung in Busch's Zeitschrift (Bd. II S. 95 ff.) aus, der Nebenintervenient sei auch in den Fällen des § 66 nur „Vertreter der Hauptpartei" und es habe die Vorschrift, dass er als Streitgenosse gelte, welche einen allerdings nicht ganz zutreffenden Vergleich enthalte, lediglich die Bedeutung, dass der Intervenient hier ausnahmsweise durch den Widerspruch der Hauptpartei nicht behindert werde. Durch diese Auffassung kommt er zu dem Satze, dass die Handlungen und Erklärungen des Intervenienten, soweit dadurch der Hauptpartei zum Siege verholfen werden soll, den Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei unbedingt vorgehen. Der Ansicht von Schultze ist auch von Amelunxen (a. a. O. S. 76 ff.) beigetreten. Dieselbe lässt sich aber nicht aufrechterhalten. Schon der Wortlaut des § steht derselben entgegen, der mit der Auffassung von Schultze nur dann zu vereinbaren wäre wenn man ihm einigermassen Gewalt anthun wollte. Ausserdem beweisen die Vorschriften des § 414, dass der Nebenintervenient wirklich Streitgenosse sein soll. Auch die Motive lassen deutlich erkennen, dass dies die Absicht war. Abgesehen von der Aeusserung, dass der Intervenient dem Gegner selbständig als Einzelner gegenüber stehe und der Verweisung auf die §§ 414 und 437, sowie die §§ 95 und 96 spricht hiefür die Bezugnahme auf die §§ 723 pr. Entw. und 99 würt. Pr.-O. In § 723 pr. E. wird ausdrücklich gesagt, wenn der N.-I. sich einer Partei angeschlossen habe, um der anderen Partei gegenüber s e i n e bedrohten Rechte zu wahren, so sei er als s e l b s t ä n d i g e r Streitgenosse der ersten Partei anzusehen „und als solcher insbesondere auch befugt, die zur Verfolgung seiner eigenen Rechte erforderlichen Anträge zu stellen." In den Motiven zum pr. E. wurde noch auf die Ausführungen von Maxen Bezug genommen, der (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. 21 S. 404, 405) bemerkt, der Dritte, dem das gegen eine Partei ergehende Urtheil präjudizire, müsse in der Ausübung des ihm zustehenden Mittels eine günstige Entscheidung herbeizuführen vom Willen beider Parteien insbesondere aber von dem Willen derjenigen Partei unabhängig sein, welcher er durch seine Intervention zum Sieg verhelfen wolle. V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 93.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 58; Endemann I S. 344; von Sarwey I S. 135; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 93. Nach der Auffassung von Schultze und von Amelunxen kann die Frage ob § 58 oder § 59 Anwendung finden soll nicht aufgeworfen werden, da das streitige Rechtsverhältniss weil nur eine Partei vorhanden ist immer nur in einheitlicher Weise entschieden werden kann. V. auch von Amelunxen a. a. O. S. 78.

§ 67.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muss enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits,
2. die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat,
3. die Erklärung des Beitritts.

Ausserdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

(M. 452. K. 26 u. 512.)

1) Im Entwurf der C.-P.-O. fehlte eine Vorschrift über die Form, in welcher die Nebenintervention geltend zu machen sei. Es war in dieser Beziehung in den Motiven (S. 425) lediglich auf die allgemeinen Vorschriften verwiesen worden. In der J.-K. wurde jedoch beschlossen, für die Geltendmachung der Nebenintervention die Form des Schriftsatzes allgemein vorzuschreiben und § 67 eingeschaltet. (K. 26 und 512.) Die Nebenintervention kann hiernach nicht durch blosse mündliche Erklärung angebracht werden, sondern es bedarf der Zustellung eines Schriftsatzes mit den im § vorgeschriebenen Angaben wenn die Intervention wirksam sein soll. Da die Angabe des Interesses eine bestimmte sein soll ist anzugeben, auf welche thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sich dasselbe gründet. Eine Glaubhaftmachung des Interesses ist in diesem Stadium nicht erforderlich, sondern erst wenn die Zurückweisung der Intervention beantragt wird. (§ 68.) Die Zustellung des Schriftsatzes bezw. Protokolls muss an beide Hauptparteien geschehen, weil jeder derselben ein Recht des Widerspruchs gegen die Intervention zuteht und beide von derselben Kenntniss haben müssen, da der Intervenient zu allen Verhandlungen zuzuziehen ist. (§ 68.)

§ 68.

Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

So lange nicht die Uuzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

(E. § 67. M. 466. K. 26.)

1) Die Zurückweisung der Nebenintervention kann sowohl von der Partei, welche der Intervenient unterstützen will, als von deren Gegner beantragt werden. In der J.-K. wurde um diesem letzteren das Widerspruchsrecht zu entziehen der Antrag gestellt, den § zu streichen. Die Kommission nahm jedoch den § in der Fassung des Entwurfs an, nachdem von Amsberg bemerkt hatte: „Man könne es der Partei nicht gestatten, so viele Nebenintervenienten beizuziehen als ihr beliebe. Der Gegner dürfe nicht in die Lage gebracht werden, sich ohne wirklichen Grund gegen viele Nebeninterventionen vertheidigen zu müssen. Daraus aber, dass die betr. Partei einen Nebenintervenienten nicht zulasse, folge noch nicht, dass die Nebenintervention überhaupt nicht zulässig sei.“ Das Recht, die Zurückweisung der Nebenintervention zu beantragen, steht hiernach beiden Parteien in gleicher Weise zu. Mehr als diese Befugniss hat aber auch die Partei nicht, welcher der Intervenient beitreten will. Kann der Nebenintervenient ein rechtliches Interesse (§ 63) glaubhaft machen, so ist er zuzulassen auch wenn beide Hauptparteien seine Zurückweisung beantragen sollten.

2) Die Frage, ob das Gericht eine unzulässige Nebenintervention von Amtswegen zurückweisen dürfe, ist im Gesetz nicht mit klaren Worten entschieden; es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, dass dieselbe zu verneinen ist. Schon nach dem Wortlaut des Gesetzes setzt die Zurückweisung den Antrag einer Partei voraus. In den Motiven (426) wurde bemerkt: „Widerspricht keine der Parteien dem Beitritt des Nebenintervenienten, so ist derselbe zuzulassen. Behauptet eine der Parteien, dass die Nebenintervention unzulässig sei, so hat das Gericht hierüber auf Grund vorgängiger Verhandlung zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten nach den Regeln über den prozessualischen Zwischenstreit zu entscheiden.“ [1]) Wegen der Kosten v. G.-K.-G. §§ 27 und 39; .G.-O. für R.-A. §§ 23 und 29.

3) Während der n. E. (in § 106) die Bestimmung enthielt: „Der Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention ist nicht mehr zulässig, wenn die erste mündliche Verhandlung, welche nach der Zustellung der Nebenintervention stattfindet, geschlossen ist“, enthält die C.-P.-O. keine Vorschrift bezüglich der Zeit, in welcher der Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gestellt werden kann. Ob die Aufnahme einer derartigen Bestimmung unterblieb weil man den Antrag in unbeschränkter Weise zulassen wollte oder weil man die Vorschrift für selbstverständlich hielt oder weil man es den Gerichten überlassen wollte, die Frage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden, ist aus den Gesetzgebungsverhandlungen nicht zu ersehen. Eine Frist ist nun freilich für die Stellung des Antrags auf Zurückweisung nicht vorgeschrieben. Daraus folgt aber nicht, dass die Parteien diesen Antrag nachdem sie lange Zeit mit dem Intervenienten verhandelt haben ohne die Intervention zu beanstanden, plötzlich, vielleicht noch am Schluss des Prozesses stellen dürfen. Sowie die Parteien die Zulässigkeit der Intervention ausdrücklich anerkennen oder auf

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 59; Endemann I S. 346; Kleiner I S. 349; Gaupp I S. 226; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 95. A. M. ist Hellmann Bd. I S. 238.

die Zurückweisung verzichten können, so kann dies auch stillschweigend geschehen. Ein solcher Verzicht wird aber anzunehmen sein, wenn die Parteien bei voller Kenntniss der Sachlage mit dem Intervenienten mündlich verhandelten ohne die Zulässigkeit der Intervention zu beanstanden. Dafür sprechen auch die Motive (Bem. 2), nach welchen wenn keine Partei widerspricht die Zulassung erfolgen soll. Sollte das Interesse des Nebenintervenienten im Laufe des Prozesses zu bestehen aufhören, so kann die Zurückweisung desselben beantragt werden. Im Allgemeinen ist das Verfahren hiernach dasselbe, wie wenn die erwähnte Vorschrift des n. E. in die C.-P.-O. aufgenommen worden wäre.[1])

4) Durch den Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention entsteht ein Zwischenstreit, der durch Zwischenurtheil zu erledigen ist. Durch diesen Zwischenstreit soll jedoch der Gang des Hauptprozesses nicht aufgehalten werden. (M. 426.) Um diese Zurückweisung zu verhindern, hat der Intervenient sein rechtliches Interesse glaubhaft zu machen. (§ 266.) Erhellt dasselbe aus Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind so kommt § 264 zur Anwendung. Wenn die Intervention für unzulässig erklärt wird verlieren die Handlungen, welche der Intervenient bis dahin vorgenommen hat, dadurch nicht ihre Wirksamkeit da dieselben, falls sie überhaupt nach § 64 als wirksam erscheinen, so anzusehen sind als seien sie von der Hauptpartei vorgenommen worden.[2])

5) Gegen das ergehende Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde (§ 540) statt; es sind hiernach andere Rechtsmittel ausgeschlossen. (§§ 473 u. 510.) Das Recht der Beschwerde steht wenn die Nebenintervention zurückgewiesen wurde dem Nebenintervenienten falls die Zulassung erfolgte aber derjenigen Partei zu, welche die Zurückweisung beantragt hat. Dagegen wird die Hauptpartei, welche dies nicht gethan hat da die Zulassung für sie keinen Beschwerdegrund bildet und sie auf die Zurückweisung stillschweigend verzichtet hat von diesem Rechtsmittel keinen Gebrauch machen können. Die Partei, welche die Zurückweisung wünscht, muss dieselbe also ausdrücklich beantragen oder sich doch dem dessfallsigen Antrage des Gegners anschliessen.[3])

III. Streitverkündung.[4]) (§§ 69—72.)

Vorbemerkungen.

1) Die Streitverkündung hat wie die Nebenintervention ihren Grund in dem Umstand, dass das in einem Rechtsstreit ergehende Urtheil auch für die

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 59; Endemann I S. 347; Gaupp I S. 226; Bolgiano S. 230; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 95. A. M. ist Puchelt I S. 268.

[2]) V. auch Seuffert § 68 Z. 3.

[3]) V. auch Schollmeyer, der Zwischenstreit unter den Parteien S. 96. A. M. sind Puchelt Bd. I S. 269 und Gaupp Bd. I S. 227 Bem. II.

[4]) Bezüglich der Lehre von der Streitverkündung nach gemeinem Prozess v. man insbesondere: Wetzel § 7 S. 30 ff.; Renaud § 48 S. 104; Fuchs: die Lehre von der Litisdenunziation; Gensler: die Verwandtschaft der adcitatio, nominatio auctoris und litis denunciatio mit der Intervention (Arch. für civ. Praxis Bd. IV S. 175 ff.)

Rechtsverhältnisse eines Dritten von Einfluss sein kann und hat zu derselben noch eine nähere Beziehung, insofern sie eigentlich eine Aufforderung zur Nebenintervention enthält. Bei der Streitverkündung wird aber immer vorausgesetzt, dass die den Streit verkündende Partei für den Fall einer ungünstigen Entscheidung des Prozesses gegen den Dritten einen Anspruch erheben zu können glaubt oder ihrerseits die Erhebung einer Klage befürchtet, während die Nebenintervention ein solches Verhältniss nicht nothwendig voraussetzt. Ja die Streitverkündung hat gerade den Zweck, entweder den Dritten in den Prozess hereinzuziehen und diesen mit dessen Hülfe zu gewinnen oder falls dies nicht gelingt und es zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten zu einem Prozess kommt, den Einwand des Gegners auszuschliessen, der erste Prozess sei unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt worden.

2) Die Bestimmung „in welchen Fällen eine Partei zur Streitverkündung verpflichtet ist und welche Folgen in diesem Falle die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht“, ist dem bürgerlichen Recht überlassen. Nur nach diesem kann beurtheilt werden, ob einer der Hauptparteien gegen einen Dritten oder diesem gegen eine der Hauptparteien ein eventueller Anspruch zusteht und ob das im Hauptprozess ergangene Urtheil geeignet ist, einen solchen Anspruch zu rechtfertigen oder zu zerstören. Die C.-P.-O. normirt hienach lediglich „die prozessualische Zulässigkeit, Form und Wirkung der Streitverkündung.“ (M. 426.)

§ 69.

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

(E. § 68. M. 426 u. 427. K. 26.)

1) Die Streitverkündung ist im weitesten Umfange zugelassen. Abgesehen von den Fällen, in denen sie civilrechtlich geboten ist (M. 426), kann eine Partei, sowohl wenn sie für den Fall eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreites einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung zu haben glaubt als wenn sie den Anspruch eines Dritten besorgt, diesem den Streit verkünden. Als Beispiele für die letzte Kategorie werden in den Motiven (a. a. O.) „die zahlreichen Fälle aus dem Gebiete des Handelsrechts, inbesondere der Kommission, der Spedition, des Frachtgeschäfts, der Versicherung etc. angeführt, in denen ein Prozess auf Gefahr und Rechnung eines Dritten geführt wird.“ Uebrigens kommt es nicht darauf an, ob dem Streitverkünder wirklich ein Regressanspruch zu-

steht oder ein Anspruch gegen ihn mit Erfolg geltend gemacht werden kann sondern nur darauf, ob er einen solchen Anspruch erheben zu können glaubt bezw. befürchtet. Es ist also lediglich die subjektive Auffassung der Partei entscheidend.

2) Die Streitverkündung setzt voraus, dass bereits ein Rechtsstreit besteht, kann also gleichzeitig mit Erhebung der Klage aber nicht früher mit Wirksamkeit erfolgen. Wurde wegen eines drohenden Prozesses der Streit verkündet und diese Verkündung nicht nach Einleitung der Klage wiederholt, so kann dem Dritten aus der Unterlassung der Intervention kein Vorwurf gemacht werden und ist derselbe ungeachtet der Streitverkündung berechtigt, die Einrede des mangelhaft geführten Prozesses vorzuschützen. Eine Frist für die Streitverkündung ist nicht vorgeschrieben; dieselbe kann hienach bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses also auch dann erfolgen wenn dieser in der Berufungs- oder Revisions-Instanz schwebt. [1]) (M. S. 426.) Selbstverständlich können aber die Wirkungen der Streitverkündung erst von dem Augenblick an eintreten, in welchem diese erfolgt und findet eine Rückwirkung nicht statt. Eine Folge der verspäteten Streitverkündung ist jedenfalls die, dass der Streitverkünder den Einwand des mangelhaft geführten Prozesses für die Zeit vor der Streitverkündung sowie für die Zeit welche erforderlich war um die Intervention zu bewerkstelligen, nicht als unzulässig bestreiten kann. (§§ 65 u. 71.)

3) Derjenige, dem der Streit verkündet wird, ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt und zwar selbst dann wenn er nicht als Nebenintervenient in den Prozess eintritt. (M. 427.) Ebenso ist derjenige, der ohne eine Streitverkündung abzuwarten in den Prozess intervenirt ist, berechtigt einem Dritten den Streit zu verkünden sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Auch er kann in die Lage kommen, gegen einen Dritten eine Regressklage zu erheben oder von einem solchen verklagt zu werden; es trifft also der Grund des Gesetzes zu. Eine derartige Streitverkündung hat dieselben Wirkungen wie diejenige, die von einer Hauptpartei vorgenommen wird und es ist namentlich derjenige, dem in dieser Weise der Streit verkündet wurde, berechtigt, in den Prozess zu interveniren und die Partei, an deren Sieg er ein Interesse hat, zu unterstützen. Auf diese Weise können allerdings mehrere Intervenienten in den Prozess eintreten, von denen einige nur ein subsidiäres Interesse haben, aber der Zweck der Streitverkündung, die Ausschliessung der Einrede des mangelhaft geführten Prozesses, kann auch nur in dieser Weise erreicht werden. [2])

§ 70.

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 60; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 96; Puchelt I S. 272. A. M. ist Siebenhaar § 71 S. 120 hinsichtlich der Revisionsinstanz.

[2]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 97. A. M. ist Siebenhaar, der S. 119 eine Nebenintervention zur Unterstützung des Litisdenunziaten für unzulässig erklärt.

Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.

(E. § 69. M. 427. K. 27.)

1) Da nicht vorgeschrieben ist, dass der im § vorgeschriebene Schriftsatz, der übrigens im Parteiprozesse (nach §§ 457, 460 u. 462) durch das vom Gerichtsschreiber aufgenommene Protokoll ersetzt wird, die darin vorgesehenen Angaben enthalten „müsse", ist die Streitverkündung nicht ohne Weiteres unwirksam wenn die Angaben in der einen oder anderen Richtung unvollständig sind. Unter Umständen kann aber der Dritte wenn er durch ungenaue oder gar falsche Angaben veranlasst wurde, nicht in den Prozess einzutreten ungeachtet der erfolgten Streitverkündung den Einwand des mangelhaft geführten Prozesses geltend machen. Die Vorschriften der §§ 120—124 kommen hier nicht zur Anwendung, da eine Bestimmung wie sie § 67 Abs. 2 enthält fehlt. Insbesondere ist die Niederlegung einer Abschrift auf der Gerichtsschreiberei nicht nöthig.[1]) Eine Vorladung zur Verhandlung im Hauptprozess ist mit der Streitverkündung nicht zu verbinden. Ja eine solche ist unstatthaft, da die C.-P.-O. eine Gewährschaftsklage nicht kennt und es im Belieben desjenigen steht, dem der Streit verkündet wird, ob er als Nebenintervenient in den Prozess eintreten will oder nicht.[2])

2) Dem Gegner im Hauptprozesse, der wegen der zu erwartenden Nebenintervention ein Interesse daran hat von den Beziehungen zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten Kenntniss zu erhalten, ist eine Abschrift des Schriftsatzes mitzutheilen, der die Streitverkündung enthält. Dagegen wurde wegen der Gefahr der Vielschreiberei dem Streitverkünder nicht die Verpflichtung auferlegt, dem Dritten die bisherigen Prozessverhandlungen in Abschrift mitzutheilen. (M. 427.) Besondere Vorschriften über Bestimmung oder etwaige Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung wurden für entbehrlich gehalten, „da in dieser Hinsicht die allgemeinen Vorschriften über Termine und Fristen (§§ 191 ff.) massgebend und ausreichend sind." (M. a. a. O.) Die Streitverkündung gibt ebensowenig Anspruch auf Aussetzung des Hauptprozesses bezw. Vertagung der Verhandlung wie die Nebenintervention. (M. a. a. O.) Die Befugniss des Gerichts, eine Vertagung der Verhandlung bezw. Verlegung des hiefür festgesetzten Termins eintreten zu lassen (§§ 205 u. 206), wird dadurch nicht berührt.

§ 71.

Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältniss zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 61; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 97; Kleiner I S. 357. A. M. sind Seuffert S. 71; Hellmann I S. 245; Gaupp I S. 230.

[2]) V. auch R.-G. 3 Nov. 1880, Annalen III S. 106.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, dass statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.

(E. § 70. M. 427. K. 27.)

I. Wirkungen der Streitverkündung im Allgemeinen.

1) Die Streitverkündung ist lediglich als eine an einen Dritten gerichtete Mittheilung zu betrachten, durch welche diesem anheimgestellt wird ob er in einen bestimmten Prozess interveniren wolle. Sie ändert desshalb bezüglich des Hauptprozesses vorerst gar nichts. Durch dieselbe wird derjenige, dem der Streit verkündet wird, nicht Partei; ein Richter wird desshalb durch die Streitverkündung als solche nicht von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen (v. Bem. II. 1 zu § 41) und ebenso kann derjenige, dem der Streit verkündet wurde, als Zeuge vernommen werden. Erst wenn derselbe als Nebenintervenient in den Prozess eingetreten ist tritt eine Aenderung ein.

2) Solange eine Nebenintervention nicht stattgefunden hat fehlt hienach jede Veranlassung, sich im Hauptprozesse mit der Streitverkündung zu beschäftigen und bezüglich derselben irgend eine Entscheidung zu treffen. Dem Gegner des Streitverkünders wollte zwar die C.-P.-O. nicht wie es im pr. E. (§ 740) geschehen war die Befugniss entziehen, die Streitverkündung als unzulässig zu bestreiten; vielmehr hat dieselbe ebenso wie der nordd. Entw. die Aufnahme einer derartigen Vorschrift unterlassen und so „dem Gegner des Litisdenunzianten den Widerspruch gegen den Eintritt des Litisdenunziaten in den Prozess nicht genommen.“ (M. 427.)[1]) Aber derselbe ist keineswegs berechtigt, die Unzulässigkeit der Streitverkündung, welche ihn vorerst nicht berührt, schon bevor eine Intervention stattgefunden hat geltend zu machen.

3) Auch der Streitverkünder hat sofern der Dritte, dem er den Streit verkündete, nicht intervenirt, keinen Anspruch darauf, dass in dem im Hauptprozess ergehenden Urtheile die Streitverkündung selbst beurkundet oder gar bezüglich der Folgen der Unterlassung der Intervention eine Entscheidung getroffen wird. Vielmehr ist über die letztere Frage lediglich in dem Prozesse zu entscheiden, der zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten nachträglich entsteht. Insbesondere kann von einem gegen den Dritten zu erlassenden Versäumnissurtheil keine Rede sein. (M. S. 427.)

[1]) In den Motiven steht zufolge eines schon in der J.-K. (S. 27) hervorgehobenen Druckfehlers „Litisdenunziaten“ wo „Litisdenunzianten“ stehen sollte, und umgekehrt.

II. Eintritt des Dritten in den Prozess.

1) Tritt derjenige, dem der Streit verkündet wurde, dem Streitverkünder bei indem er in den Prozess intervenirt, so kommen auch bezüglich der Form des Beitritts die Vorschriften über die Nebenintervention zur Anwendung, denn als solche ist sein Beitritt zu betrachten. „Dass der Beitritt des Litisdenunziaten nicht als Anerkenntniss gelte, dass der Streitverkünder den Rückgriff gegen ihn habe", wurde als selbstverständlich angesehen und eine ausdrückliche Vorschrift in diesem Sinne nur desshalb nicht aufgenommen: „weil diese Schlussfolgerung keineswegs im Wesen der Sache liege und daher nicht der Ausschliessung durch das Gesetz bedürfe." (M. 427.) In der J.-K. (26, 27) wurde der Zusatzantrag: „Der Beitritt gilt nicht als Anerkenntniss, dass der Streitverkünder einen Rückgriff habe", als überflüssig abgelehnt. (K. 26 u. 27.)

2) Die Zulässigkeit der zufolge der Streitverkündung erfolgten Nebenintervention ist nach § 63 zu beurtheilen. Wenn die Streitverkündung vorgenommen wurde weil der Streitverkünder für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits gegen den Intervenienten einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung erheben will, liegt das rechtliche Interesse des Intervenienten immer vor da dieser hier ein dringendes Interesse daran hat, die Prozessführung zu überwachen. Es ist desshalb eine besondere Glaubhaftmachung des Interesses nicht erforderlich. Dass der Streitverkünder selbst in diesem Falle die Nebenintervention nicht bestreiten kann, ist klar. Aber auch dessen Gegner wird dieselbe nicht aus dem Grunde bestreiten können, weil der Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung unbegründet sei. Es muss die Geltendmachung des Anspruchs genügen, um das Interesse an der Intervention darzuthun zumal über die Begründung des Anspruchs in einem anderen Prozesse zu entscheiden ist. Anders liegt die Sache wenn die Streitverkündung erfolgt, weil der Streitverkünder „den Anspruch eines Dritten besorgt". Hier wird sofern ein rechtliches Interesse nicht aus anderen Umständen folgt zur Zulässigkeit der Nebenintervention vorausgesetzt, dass demjenigen, dem der Streit verkündet wurde und der interveniren will, auch wirklich ein derartiger Anspruch zusteht und er die Absicht hat, denselben geltend zu machen. Es muss also die Existenz des fraglichen Anspruchs wenn die Zurückweisung der Intervention beantragt wird nach § 68 glaubhaft gemacht werden und es erscheint die Intervention als unzulässig wenn der Intervenient selbst erklärt, einen Anspruch wie er vom Streitverkünder befürchtet wurde gar nicht erheben zu wollen.

3) Dass über die Folgen der Streitverkündung und die Frage, welches Verhältniss zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten bestehe, in dem zur Streitverkündung Veranlassung gebenden Prozesse nicht zu entscheiden sei, wurde bereits oben (Bem. I. 3) bemerkt. An diesem Satze wird auch dadurch, dass der Dritte intervenirt, nichts geändert. Weder kann der Streitverkünder verlangen, dass sein Regressanspruch anerkannt noch der Intervenient, dass derselbe abgesprochen werde. Weil man die Entscheidung dieser Frage einem besondern Prozesse vorbehalten wollte, wurde die Aufnahme der Gewährschaftsklage des französischen Civilprozesses in die C.-P.-O. abgelehnt. (V. die allg. Vorbem. zu Tit III.)

III. Unterlassung der Intervention.

1) Will derjenige, dem der Streit verkündet wurde dem Prozesse nicht beitreten, so kann er dies zwar dem Streitverkünder mittheilen; nothwendig ist dies aber nicht. Wenn er die Intervention ohne jede weitere Erklärung unterlässt geht vielmehr der Hauptprozess ruhig weiter.

2) Hat der Dritte auf die Streitverkündung hin den Eintritt in den Prozess unterlassen oder sogar ausdrücklich abgelehnt, so verliert er dadurch nicht das Recht, nachträglich doch noch zu interveniren. Es geht dies schon daraus hervor, dass für die Intervention im Gesetz keine Frist gesetzt wurde sondern dieselbe bis zur rechtskräftigen Entscheidung erfolgen kann, wurde übrigens auch in den Motiven (427) ausdrücklich bemerkt. Natürlich muss aber der Intervenient in diesem Falle die Folgen der verspäteten Intervention tragen. (Bem. 4.)

3) Die materiellen Folgen der Streitverkündung und der Unterlassung des Beitritts in den Prozess sind nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilen, das darüber entscheidet ob eine bestimmte Klage zulässig ist und unter welchen Umständen sie verloren geht. Ob eine Streitverkündung, welche nur den Zweck hat den Regress zu wahren, gerichtlich geschehen muss oder auch aussergerichtlich geschehen kann, ist gleichfalls nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Soll die Streitverkündung die Wirkungen haben, welche § 72 Abs. 3 an sie knüpft, so muss sie dagegen den Vorschriften des § 70 Abs. 1 entsprechen.

4) Als prozessualische Folge der Streitverkündung schreibt § 71 Abs. 3 vor, dass derjenige, dem der Streit verkündet wurde, soweit es sich um den Einwand des unrichtig entschiedenen oder mangelhaft geführten Prozesses handelt, in allen Fällen also auch wenn er nicht in den Prozess eingetreten ist den § 65 gegen sich zur Anwendung kommen lassen muss. Statt der Zeit des Beitritts ist jedoch hier diejenige Zeit entscheidend, zu welcher der Beitritt zufolge der Streitverkündung möglich war; bezüglich der vor diesem Zeitpunkt liegenden Prozesshandlungen bezw. Unterlassungen hat also der Dritte in seiner Kritik der Prozessführung freies Spiel.

IV. Kosten der Streitverkündung.

Hinsichtlich der durch die Streitverkündung entstandenen Kosten kommen die allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. über Prozesskosten (§§ 87 ff.) zur Anwendung. Nach § 87 Abs. 1 kann der Streitverkünder wenn er im Hauptprozess obsiegt regelmässig vom unterliegenden Gegner Ersatz der durch die Streitverkündung entstandenen Kosten beanspruchen wenn diese zu einer zweckentsprechenden Prozessführung nothwendig, bezw. durch die Vorsicht geboten war. Ebenso sind demselben wenn er im Hauptprozess unterliegt aber in dem später zwischen ihm und dem Dritten, dem er den Streit verkündete, entstandenen Prozess siegte in der Regel hier die Kosten zu ersetzen da die Streitverkündung dazu diente, ihm in diesem Prozesse den Erfolg zu sichern. Bezüglich der Kosten, welche durch die Nebenintervention des Dritten entstanden, kommt § 95 oder 96 zur Anwendung, je nachdem die Intervention nach den Vorschriften der §§ 64 und 65 oder nach § 66 zu beurtheilen ist. (V. Bem. zu § 96.)

§ 72.

Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreit unter Verurtheilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlassten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlassten Kosten, einschliesslich der Kosten der Hinterlegung zu verurtheilen.

(E. § —. M. —. K. 27, 512 ff. u. 657 ff.)[1])

1) Dieser im Entwurf nicht enthaltene § wurde von der J.-K. auf Antrag von Bähr eingeschaltet und ungeachtet des von den Regierungskommissären mit Rücksicht auf das preuss. Recht erhobenen Widerspruchs mit einigen Abänderungen beibehalten. Zur Begründung seines Antrags bemerkte Bähr: „Es komme nicht selten vor, dass ein Schuldner von Mehreren wegen einer Forderung in Anspruch genommen werde während er das Bestehen der Schuld an sich gar nicht bestreite. Der Schuldner werde solchenfalls ein Opfer fremden Streites wenn er nicht die Befugniss habe, den Streit auf die wahren Betheiligten abzuleiten. Es müsse ihm die Möglichkeit geboten werden, sich durch Hinterlegung des Betrags und durch Zuziehung des Dritten vom Prozesse loszumachen. Die Beiladung des Dritten würde unter den Gesichtspunkt der Streitverkündung fallen.“ (K. 27.) Auch wurde diese Auffassung von der J.-K., welche für die von den Vertretern der Regierungen erhobenen Einwendungen unzugänglich blieb, getheilt (K. 657 ff.) und ist der § in diesem Sinne auszulegen.

2) Damit § 72 Anwendung finden und der Beklagte seine Entlassung aus dem Prozesse beantragen kann, wird zunächst vorausgesetzt, dass ein Schuldner wegen einer Forderung verklagt worden ist; dass die Forderung gerade eine Geldforderung ist, wird nicht erfordert. Immerhin wird aber vorausgesetzt, dass

[1]) In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Rassow und Küntzel Bd. 25 hat der Verfasser eine grössere Abhandlung veröffentlicht, welche „von der Auslegung des § 72“ handelt und auf welche hier verwiesen wird.

es sich um eine Quantität von vertretbaren Sachen handelt. Bei unvertretbaren Sachen kann man nicht von einem „Betrag“ der Forderung reden. [1]) Weiter setzt die Anwendung des § voraus, dass ein Dritter die vom Kläger geltend gemachte Forderung ganz oder theilweise für sich beansprucht, also zur Hauptintervention (§ 61) berechtigt wäre und dass dieser Dritte auf die vom Beklagten vorgenommene Streitverkündung hin in den Prozess eingetreten ist und die Forderung in Anspruch genommen hat. Auch wenn der Dritte die Forderung nur theilweise in Anspruch nimmt muss § 72 wie § 61 Anwendung finden, denn auch in diesem Falle läuft der Beklagte Gefahr, wenn er verurtheilt wird doppelte Zahlung leisten zu müssen. Nur hat sich in diesem Falle die Hinterlegung auf den Betrag zu beschränken, den der Dritte in Anspruch nimmt und hat der Beklagte den Kläger im Uebrigen zu befriedigen wenn er entlassen werden will. [2]) Auch wenn die von Mehreren in Anspruch genommene Forderung auf dem Wege der Widerklage geltend gemacht wird, kann § 72 Anwendung finden. Es trifft in diesem Falle sowohl der Wortlaut als der Grund des Gesetzes zu. Der Widerbeklagte ist ebenso als „verklagter Schuldner“ anzusehen wie wenn er selbst eine Hauptklage nicht erhoben hätte und würde, gleichviel ob er mit seiner Klage zurückgewiesen oder ob kompensirt wird, der Gefahr der doppelten Zahlung ausgesetzt wenn er den Widerkläger befriedigt und dann dem Dritten gegenüber unterliegt. [3]) Eine weitere Voraussetzung der Anwendung des § 72 ist, dass der Beklagte den ganzen von ihm geschuldeten Betrag, also auch die Zinsen bis zum Tag der Hinterlegung, zu Gunsten der streitenden Gläubiger hinterlegt hat. Es ist sonach thatsächlich die Anwendung des § auf Forderungen von Geld und Werthpapieren beschränkt wenn die gerichtliche Hinterlegung nur hinsichtlich solcher Gegenstände zulässig ist. Die C.-P.-O. schreibt nicht vor, dass in allen Fällen, in welchen eine Forderung von Mehreren beansprucht wird, die Hinterlegung zulässig ist sondern setzt voraus, dass diese erfolgen kann. [4]) Fehlt es an der gerichtlichen Hinterlegung des geschuldeten Betrags, auf welche sowohl der Kläger als der intervenirende Gläubiger Anspruch hat so kann der Beklagte falls diese Parteien widersprechen nicht aus dem

[1]) V. die bereits citirte Abhandl. des Verfassers; ferner: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 63; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 100; von Sarwey I S. 141; Gaupp I S. 234. Auf Geldforderungen wollen die Anwendung des § beschränken: Endemann I S. 355; Kleiner I S. 364; Fitting § 26 S. 75. Dagegen soll dieselbe nach Seuffert (S. 73) bei allen Forderungen anwendbar sein, bei welchen der Gegenstand derselben bei Gericht hinterlegt werden kann.

[2]) V. die Abhandl. des Verfassers; ferner Seuffert S. 72 u. Puchelt I S. 280. A. M. sind: Kleiner I S. 365, 366 und Gaupp I S. 235.

[3]) V. die Abhandlung des Verfassers a. a. O.; ferner Seuffert S. 72 und Endemann I S. 354. Gegen die Anwendung des § für den Fall der Widerklage sind: Kleiner I S. 365; Gaupp I S. 235. Wilmowski und Levy II. Aufl. S. 101 wollen die Vorschrift auf die Widerklage nur unter Beschränkung auf diejenigen Fälle anwenden, in welchen eine Trennung der Verhandlungen nach § 136 Abs. 2 zulässig ist.

[4]) V. auch Seuffert S. 73; von Sarwey I S. 141. A. M. sind: Gaupp I S. 235 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 100.

Prozess entlassen werden. Bestehen die Gläubiger weil ihnen die Anerkennung durch den Beklagten genügt auf der Hinterlegung nicht, so ist diese aber nicht erforderlich. Auch ist eine förmliche Streitverkündung nicht nothwendig wenn der Gläubiger, der die Forderung in Anspruch nimmt und dem desshalb der Streit verkündet werden soll, freiwillig in den Prozess intervenirt ist. Vielmehr kann der Beklagte in diesem wenn er nur den geschuldeten Betrag hinterlegt hat auf Grund der vom intervenirenden Gläubiger unaufgefordert abgegebenen Erklärungen die Entlassung beantragen. Es wäre sinnlos vom Beklagten auch in diesem Falle zu verlangen, dass er den Streit verkünden soll. [1]) Der Gläubiger, dem nach § 72 der Streit verkündet wurde, ist hier so wenig wie in anderen Fällen verpflichtet in den Prozess zu interveniren, muss sich aber wenn er die Intervention unterlässt gefallen lassen, dass er den zur Zahlung an den Kläger verurtheilten Beklagten nicht nochmals belangen bezw. wenn dieser geltend macht, er habe nur gezwungen und an den rechten Gläubiger bezahlt, demselben nicht entgegenhalten kann, der Prozess sei unrichtig entschieden oder von ihm mangelhaft geführt worden. Er hat desshalb nicht sein rechtliches Interesse glaubhaft zu machen (§ 63) und es findet kein besonderes Zulassungsverfahren statt (§ 68). [2]) Aber § 71 kommt zur Anwendung weil immerhin eine Streitverkündung vorliegt. Eine Frist ist für die Ausübung des im § 72 eingeräumten Rechts nicht festgesetzt. Desshalb ist auch hier die Streitverkündung bezw. der Antrag auf Entlassung zulässig solange nicht eine rechtskräftige Entscheidung des Prozesses erfolgt ist.

3) Wenn die Voraussetzungen des § vorliegen, was vom Kläger wie vom Intervenienten bestritten werden kann, so muss der Beklagte auf seinen Antrag aus dem Prozess entlassen werden, der dann zwischen den anderen Parteien auszutragen ist. Die Entlassung erfolgt durch Endurtheil, die Zurückweisung des Antrags durch Zwischenurtheil. Der Streit zwischen dem ursprünglichen Kläger und dem Dritten, welcher thatsächlich als Hauptintervenient auftritt, ist als ein Feststellungsstreit anzusehen. Durch die Entlassung wird der Beklagte, da sich sowohl der Kläger als der intervenirende Gläubiger lediglich an den hinterlegten Betrag zu halten haben, von seiner Verbindlichkeit entlastet und es tritt diese Entlastung auch dann ein wenn nach dem bürgerlichen Rechte die gerichtliche Hinterlegung im Allgemeinen keine Befreiung von der Schuld bewirkt, da dasselbe durch die C.-P.-O. abgeändert wird. Nach Wortlaut und Grund des Gesetzes kann die Hinterlegung nicht bloss den Zweck haben, die streitenden Gläubiger sicher zu stellen. Vielmehr soll dem Schuldner durch dieselbe die Möglichkeit gegeben werden, sich von der aus der Zweifelhaftigkeit der Person des Gläubigers entspringenden prozessualischen Gefahr zu befreien und den Streit auf die wahren Betheiligten abzuleiten. (K. 27.) Die Frage, ob eine „rechtmässige“

[1]) V. die Abh. des Verf.; ferner: von Sarwey I S. 140; Gaupp I S. 235; von Bülow S. 43. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 63; Wilmowski-Levy S. 100; Kleiner I S. 366.

[2]) V. die Abhandlung des Verfassers; ferner: Seuffert S. 73; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 63; Gaupp I S. 234. Für die Anwendung der §§ 63 und 68 sind: von Sarwey I S. 142 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 100 und 101.

Hinterlegung vorliegt, ist nicht nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Vielmehr ist die Hinterlegung als rechtmässig anzusehen wenn die Voraussetzungen des § 72 vorliegen und wird die Rechtmässigkeit durch die Entlassung aus dem Prozess anerkannt. Dies ergibt sich auch daraus, dass dem entlassenen Beklagten unter allen Umständen die Kosten der Hinterlegung ersetzt werden müssen. Dass die Vorschriften des § 72 in das materielle Recht eingreifen, wurde in der J.-K. vielfach, insbesondere von den preussischen Regierungskommissären hervorgehoben. (K. Pr. S. 513 und 657 ff.) Auch lässt sich das System des A. L.-R., um das es sich hauptsächlich handelt, unmöglich neben dem von anderen Voraussetzungen ausgehenden und ein anderes Verfahren bedingenden System des § 72 aufrecht erhalten. [1]) (V. auch die Bem. zu § 750.)

4) Durch die Entlassung aus dem Prozesse erlangt der Beklagte Anspruch auf Ersatz der ihm durch diesen erwachsenen Kosten, soweit dieselben nicht durch einen seinerseits erhobenen unbegründeten Widerspruch enstanden sind. Die Verurtheilung zur Zahlung dieser vom Unterliegenden zu tragenden Kosten kann aber erst im Endurtheil erfolgen und es hat der Beklagte keinen Anspruch darauf, dass ihm der Kläger dieselben vorbehaltlich des Ersatzes durch den intervenirenden Gläubiger bezahle. Ist die Verurtheilung zur Zahlung der Kosten im Endurtheil unterblieben, so kann der Beklagte nach §§ 279 und 292 Ergänzung des Urtheils verlangen. Dasselbe kann der Kläger thun wenn es unterlassen wurde, den Beklagten zur Zahlung der Kosten zu verurtheilen, welche durch unbegründeten Widerspruch des Beklagten entstanden sind. Er kann aber wenn er dies versäumt hat nicht mehr nachträglich bei der Entscheidung im Feststellungsstreit beantragen, dass der bereits ausgeschiedene Beklagte zur Zahlung dieser Kosten verurtheilt werde. [2])

IV. Benennung des Auktors. [3]) (§ 73.)

§ 73.

Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im

[1]) Der Verfasser hat die von ihm bereits in der ersten Auflage aufgestellte Ansicht, die von Wilmowski und Levy (II. Aufl. S. 99 ff.) und in gewissem Maasse von Sarwey I S. 142, 143, ausserdem wie es scheint von Puchelt I S. 281 getheilt wird, ausführlich vertheidigt in der mehrerwähnten Abhandlung. Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von: Seuffert S. 73; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 63; Hellmann I S. 256; Endemann I S. 356, 357; Gaupp I S. 237 ff.; von Bülow S. 43, 44; Kühne in den Jahrb. für Dogmatik Bd. 17 S. 53 ff. und 174 ff.; Jess ebendas. S 158 ff.; Schmidt in Busch's Zeitschr. für deutschen Civilprozess J. I S. 104 ff. insbes. S. 123, 124.

[2]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 64; Wilmowski-Levy S. 102; von Sarwey I S 143; Hellmann I S. 256. A. M. sind: Endemann I S. 258 und Gaupp I S. 238.

[3]) Bezüglich der Lehre von der Benennung des Auktors im gemeinen Prozess sind besonders zu vergleichen: Wetzel § 7 S. 32 ff.; Renaud § 51 S. 112 ff.; Linde:

Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozess zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, dass der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozess übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

(K. § 71. M. 427. K. 29.)

1) Durch die Benennung des Auktors (nominatio oder laudatio auctoris) soll demjenigen, der eine Sache in fremdem Namen besitzt und wegen derselben verklagt wird, ein Mittel gegeben werden, sich von dem Prozesse an dem er persönlich nicht interessirt ist loszumachen oder, falls dies nicht gelingt, wenigstens von der Verantwortlichkeit für die Prozessführung bezw. für die Befriedigung des Klägers zu befreien. Dieses Mittel besteht darin, dass der Besitzer der in Frage stehenden Sache dem Dritten, in dessen Namen er zu besitzen behauptet, vom Prozess Mittheilung macht und ihn auffordert, seine Rechte geltend zu machen; die Benennung des Auktors ist also eine Art der Streitverkündung. Sie unterscheidet sich aber von der gewöhnlichen Streitverkündung dadurch, dass der Streitverkünder nicht Unterstützung bei Durchführung des Prozesses sowie Sicherung gegen die Einrede der mangelhaften Prozessführung verlangt, sondern aus dem Prozess ausscheiden oder wenigstens der Verpflichtung zur Durchführung

Abhandlungen I S. 125 ff.; Mittermaier: Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auktors (Arch. für civ. Praxis Bd. III S. 399); Gensler: Einige Worte über die laudatio auctoris (ebendaselbst S. 421 ff.)

desselben enthoben sein will. Mit dem in § 72 geregelten Fall der Streitverkündung, in welchem der Beklagte zur Sache selbst eine andere Stellung einnimmt, hat die Benennung des Auktors das gemein, dass es sich in beiden Fällen um die Uebernahme des Prozesses durch einen Dritten handelt. Nicht zu verwechseln ist die Benennung des Auktors mit der Einrede der fehlenden Passivlegitimation bei welcher es sich zwar auch darum handelt, sich von einem Prozesse an dem man kein Interesse hat, loszumachen und denselben auf einen Anderen abzuwälzen, der Beklagte aber direkt Abweisung der Klage verlangt weil er nicht der richtige Verklagte ist. Wo dem Beklagten diese Einrede zusteht, bedarf er der Benennung des Auktors nicht. Auch ist die Partei, welche glaubt zu dieser Einrede befugt zu sein, berechtigt in erster Linie die Abweisung der Klage zu verlangen und eventuell ihren Auktor zu benennen. [1])

2) Damit die Benennung des Auktors zulässig sei wird vorausgesetzt, dass Jemand, der eine Sache im Namen eines Dritten (als Detentor) besitzt, als Besitzer derselben verklagt wird. Ob diese Sache beweglich oder unbeweglich ist, darauf kommt nichts an. (M. 428.) Bezüglich der Beschaffenheit der in Frage stehenden Klage wurde in den Motiven (a. a. O.) bemerkt: „Auch findet die Nomination nicht nur bei den dinglichen und diesen gleichgestellten Klagen statt, sondern ist bei allen Klagen zulässig, welche nach dem bürgerlichen Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können. Insoweit ist sie daher bei konfessorischen und negatorischen Klagen möglich.“ [2]) „Bezüglich der civilrechtlichen Fragen: in welchen Fällen eine Benennung des Auktors nothwendig sei und welche Folgen deren Unterlassung nach sich ziehe, enthält sich die C.-P.-O. jeder Bestimmung.“ (M. 428.) Im nordd. E. (§ 123), auf den die Motive Bezug nehmen, war ausdrücklich gesagt worden: „In welchen Fällen eine Partei zur Streitverkündung oder zur Benennung des Auktors verpflichtet ist, und welche Folgen eine Versäumung in solchen Fällen nach sich zieht, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.“ Dieser Grundsatz gilt unzweifel-

[1]) Schon im gemeinen Prozess, in welchem früher vielfach die Auffassung herrschend war, die nom. auctoris sei nichts Anderes als eine exc. deficientis legitimationis ad causam (so noch Mittermaier a. a. O. S. 399), welche Auffassung dann vielfach in die Partikular-Gesetzgebung überging (V. Koch preuss. Civilpr. S. 559 u. Schlüter hannov. C.-P.-O. § 40 S. 102) wurde diese Auffassung in der neueren Doktrin verworfen. (V. insbes. Renaud § 51 S. 113 Anm. 6; Gensler a. a. O. S 422 ff.; Linde Abh. I § 2 S. 129 ff.) Bei der Berathung des nordd. Entw. wurde vom Berichterstatter bemerkt: „die Nomination setze voraus, dass der richtige Verklagte belangt sei und wolle nur die Prozessübernahme Seitens des wahrhaft Interessirten erleichtern, auch den ursprünglichen Beklagten von etwaiger Verantwortlichkeit gegenüber jenem und dem Kläger befreien.“ (n. Pr. S. 169 ff.) In den Motiven zur C.-P.-O. (428) wird unter Verweisung auf die nordd. Prot. bemerkt, dass die Nomination lediglich in dem civilrechtlichen Verhältnisse des Beklagten zum Auktor beruhe und die Frage nach der Passivlegitimation nicht berühre.

[2]) In der nordd. Prozesskommission „war man darüber einig, dass, soweit nach materiellem Recht die konfessorische oder negatorische Klage gegen den Besitzer als solchen gerichtet werden könne, die Benennung des Auktors nicht ausgeschlossen sei.“ (n. Pr. S. 173.)

haft auch nach der C.-.P.-O. Zu den Personen, deren Besitz den Anforderungen des Gesetzes entspricht sind übrigens nicht nur Diejenigen zu rechnen, welche ausschliesslich in fremdem Namen besitzen wie der Pächter, Depositar etc. sondern auch diejenigen, welchen wie dem Nutzniesser, Emphyteuta, Pfandgläubiger etc. wirklich dingliche Rechte an der Sache zustehen, welche aber nicht wegen dieser dinglichen Rechte sondern wegen des Eigenthums belangt werden.

3) Der Verklagte, der von dem ihm nach § 73 zustehenden Recht Gebrauch machen will, muss vor der Verhandlung zur Hauptsache dem Dritten in dessen Namen er zu besitzen behauptet den Streit verkünden und ihn zur Erklärung über die Stellung vorladen, die er zur Sache einnimmt. In dieser Vorladung muss ein Termin angegeben sein, in welchem bezw. bis zu welchem sich der Dritte über die Behauptungen des Streitverkünders zu erklären hat. Dieser Termin muss in der Regel derselbe sein, an dem die Hauptverhandlung stattfinden soll. Reicht aber dazu die Zeit nicht aus, so ist der Termin vom Vorsitzenden bezw. Amtsrichter zu bestimmen. (§§ 191—193.)

Von dieser Streitverkündung ist dem Kläger (nach § 70) eine Abschrift zuzustellen; ausserdem muss demselben ausdrücklich erklärt werden, dass der Beklagte im Namen des Dritten besitze und diesen als Auktor benenne. Beide Erklärungen können in demselben Akte erfolgen; ja es wird zur Vermeidung unnöthiger Kosten erforderlich sein, dass die beiden Mittheilungen verbunden werden. In der Regel wird übrigens der Kläger aus der ihm zugestellten Abschrift Alles ersehen, was nothwendig ist. Hat der Beklagte diesen Vorschriften nicht genügt, so ist er dadurch des Rechts, die Einlassung auf die Hauptsache zu verweigern, verlustig geworden. Wird aber eine Vertagung des zur Hauptverhandlung festgesetzten Termins bewilligt, so kann er das ihm zustehende Recht auch fernerhin ausüben da das Gesetz nur vorschreibt, dass die Benennung vor der Verhandlung zur Hauptsache erfolgen müsse. Ja der Beklagte kann wenn er in dem zur Hauptverhandlung festgesetzten Termin nicht erschienen ist dann aber gegen das ergangene Versäumnissurtheil Einspruch erhoben hat, vor der zur Verhandlung über den Einspruch festgesetzten Verhandlung das Versäumte nachholen da durch einen zulässigen Einspruch der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniss befand. (§ 307.) Nur treffen denselben in diesem Fall die durch seine Versäumung entstandenen Kosten. (§ 309.) Uebrigens wird der Beklagte berechtigt sein, mit der Benennung des Auktors eventuell die Beantwortung der Hauptklage zu verbinden, da ein solches eventuelles Vorbringen nur in dem Fall als vorgebracht gilt wenn die Benennung als unzulässig angesehen wird. Dem Benannten gegenüber kann der Beklagte seine Rechte auch durch eine nach der Hauptverhandlung erfolgte Zustellung wahren, da für sein Verhältniss zu demselben die Vorschriften über die Streitverkündung massgebend sind und diese bis zur rechtskräftigen Entscheidung zulässig ist. Nur wird der Benannte bezüglich der Prozesshandlungen oder Unterlassungen, welche vor der Streitverkündung bezw. vor dem zur Erklärung gesetzten Termine erfolgt sind, alle ihm zustehenden Einwendungen vorbringen können.

4) Hat der Beklagte die Benennung des Auktors in der vorgeschriebenen

Weise vorgebracht, so erwirbt er dadurch vor Allem das Recht, bis sich der Benannte erklärt hat bezw. bis zum Schluss des Termins an dem dieser seine Erklärung abzugeben verpflichtet ist die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Die Benennung wirkt also nach dieser Richtung wie eine prozesshindernde Einrede wenn sie auch als solche nicht anzusehen ist. (Bem. zu § 247.) Dieser Wirkung kann sich der Kläger nicht dadurch entziehen, dass er geltend macht, der Beklagte besitze in Wirklichkeit nicht in fremdem Namen da eine Glaubhaftmachung der fraglichen Behauptung nicht vorgeschrieben ist und Kläger nicht wissen kann, ob der Benannte nicht den Prozess übernehmen will. Gegen einen Missbrauch dieses Rechts ist Kläger insofern geschützt, als die Entscheidung bezüglich der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar ist und er dessen Ausscheiden verhindern kann, wenn ihm gegen denselben selbständige Ansprüche zustehen.

5) Wird die Behauptung des Beklagten vom Benannten als richtig anerkannt und der Prozess von demselben übernommen, so hat der erstere das Recht, seine Entbindung von der Klage zu verlangen und es muss diesem Antrag Folge gegeben werden wenn der Kläger nicht solche Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht, welche davon, dass er in fremdem Namen besitzt, unabhängig sind. Sind derartige Ansprüche vorhanden, hat der Kläger z. B. Ansprüche auf Entschädigung, auf Ersatz von Früchten etc., welche dem Benannten gegenüber nicht geltend gemacht werden können, so kann sich derselbe der Entlassung des Beklagten widersetzen. Auch wenn der Beklagte von der Klage entbunden wird, ist übrigens die im Prozess ergehende Entscheidung in Ansehung der Sache selbst gegen ihn wirksam und vollstreckbar. Mit Rücksicht darauf ist dem Beklagten lediglich das Recht eingeräumt, seine Entbindung von der Klage zu beantragen; er ist aber nicht verpflichtet, dies zu thun kann vielmehr selbst dann im Prozess verbleiben wenn der Benannte bereit ist, an seiner Stelle den Prozess zu übernehmen. Bleibt der Beklagte im Prozess, so ist der neben ihm auftretende Benannte wenn er nicht die Stellung eines Hauptintervenienten einnimmt als Streitgenosse im Sinn des § 66 auzusehen.

Bestreitet der Benannte die vom Beklagten aufgestellte Behauptung, dass dieser in seinem Namen besitze oder erklärt er sich gar nicht so wird der Hauptprozess ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt und der Beklagte ist berechtigt nicht aber verpflichtet, dem Klagantrag zu genügen. Thut er dies so ist er vor dem Einwand, dass er die Klage hätte bestreiten müssen oder den Prozess mangelhaft geführt habe, geschützt und der Benannte hat es lediglich sich selbst zuzuschreiben wenn er dadurch, dass der Beklagte den Besitz der Sache aufgab in eine ungünstigere Lage versetzt wurde. Falls auf Antrag des Klägers ein Urtheil ergeht, was derselbe verlangen kann wenn er an Feststellung der Rechtsverhältnisse ein Interesse hat, steht jedoch dieses Urtheil einer Klage, welche der Benannte gegen den früheren Kläger erheben will, nicht im Wege.

6) Bezüglich der Kosten kommen, da § 73 keine besondere Bestimmung enthält, die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Hienach muss der Beklagte wenn der Benannte seine Behauptungen bestreitet oder sich nicht erklärt sofern er daraufhin dem Klagantrage genügt alle Prozesskosten tragen, da er als unter-

liegender Theil anzusehen ist. Ob er Ersatz dieser Kosten vom Benannten zu verlangen hat, hängt von den Umständen ab. In der Regel wird dies nur dann der Fall sein, wenn er in dessen Auftrag handelte. Es liegt die Sache ebenso wie wenn der Streitverkünder bei der gewöhnlichen Streitverkündung gegen den Dritten, dem er den Streit verkündet hatte, Regressklage erhebt. Bestreitet der Beklagte nach erfolglos gebliebener Benennung des Auktors die Klage, so ist die Entscheidung in der Hauptsache auch bezüglich der Kosten massgebend und es kann der Beklagte wenn er obsiegt vom Kläger auch Ersatz der durch die Benennung entstandenen Kosten verlangen wenn diese „zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung nothwendig waren.“ (§ 87 Abs. 1.)

Wird die Behauptung des Beklagten vom Benannten als richtig anerkannt und der Prozess von demselben an Stelle des Beklagten übernommen, so hat dieser sei es dass er sich sofort von der Klage entbinden lässt sei es dass er noch im Prozesse verbleibt Anspruch darauf, dass ihm die Kosten, die zur zweckentsprechenden Vertheidigung erforderlich waren und zu denen auch die Kosten der Benennung gehören, von der unterliegenden Partei ersetzt werden. Dagegen kann er obwohl er von der Klage entbunden wird nicht beanspruchen, dass ihm der Kläger seine Kosten sofort bei seinem Ausscheiden ersetzt und damit die Gefahr übernimmt, diese wenn der Benannte unzahlfähig ist zu verlieren. Er war immerhin der richtige Verklagte und es hat der Kläger als er Klage gegen ihn erhob keinen Fehler begangen; vielmehr erlangt derselbe wenn er obsiegt, ein auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten wirksames und vollstreckbares Urtheil. Daraus, dass sich der Kläger gefallen lassen muss dass ihm der Beklagte einen anderen Gegner gegenüber stellt folgt nicht, dass er als unterliegende Partei erscheint und auch wenn er im Prozesse selbst obsiegt die Kosten des Beklagten tragen oder auch nur vorschiessen muss. Vielmehr ist es mit denselben ebenso wie mit den Kosten des Beklagten im Fall des § 72 zu halten. [1])

Vierter Titel.

Prozessbevollmächtigte und Beistände.

(§§ 74—86.)

§ 74.

Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Pro-

[1]) V. auch Kleiner I S. 377 und Fitting § 77 S. 77. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 65; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 104; Seuffert S. 76; Puchelt I S. 286; von Sarwey I S. 146; Gaupp I S. 245.

zessgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozess).

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozesshandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung,

Ein bei dem Prozessgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

§ 75.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozessfähige Person als Bevollmächtigten führen.

(E. §§ 72 u. 73. M. 429 ff. K. 29, 514 u. 740.)

I. Allgemeine Grundsätze.

Bezüglich der Frage, ob die Parteien genöthigt sein sollen sich bei ihren Prozessen eines Anwalts zu bedienen, hat sich die C.-P.-O. im Allgemeinen dahin entschieden:

„1. Dass vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich in der Regel durch einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen;

2. Dass dagegen in den Ausnahmefällen des ersten Satzes und in den Rechtsstreitigkeiten vor den Amtsgerichten die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozessfähige Person als Bevollmächtigten führen können.“ (M. 429.)

Die Gründe, welche zu diesem Verfahren führten, sind in den Motiven (429 u. 430) ausführlich dargelegt worden. Als allgemeiner und entscheidender Grund für den beschränkten Anwaltszwang wurde die Art und Weise, in welcher das Verfahren vor den Landgerichten und höheren Gerichten eingerichtet ist, angegeben und ausgeführt, dass nach den praktischen Erfahrungen innerhalb der Rechtsgebiete mit gleichen Prozedurformen der Anwaltszwang für ein Prozessverfahren, das auf dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter und wenigstens in den wesentlichen Theilen des Prozessbetriebs durch die Parteien beruhe, unentbehrlich sei. Zur erfolgreichen Durchführung eines derartigen Prozesses werde eine gründliche Vorbereitung, welche Rechtskunde und Rechtserfahrung voraussetze, erfordert und wenn man die eigentliche Instruktion aus den Händen des Gerichts in die der Parteien verlege müsse Sicherheit dafür gegeben sein, dass der Prozessbetrieb in der Hand von Personen ruhe, welche eine ähnliche Gewähr für die Zuverlässigkeit und Sorgsamkeit ihrer Geschäftsführung darbieten wie die Richter. Neben dieser Begründung, zu deren Ver-

stärkung noch hervorgehoben wurde, dass die würtembergische Prozessordnung eine erhöhte Offizialthätigkeit des Gerichts gerade desshalb festgehalten habe um den Anwaltszwang ausschliessen zu können wurde noch darauf hingewiesen, dass auch in den Rechtsgebieten ohne gesetzlichen Anwaltszwang, soweit nicht die Gerichte selbst die Funktionen der Anwälte erfüllten, die Parteien thatsächlich nicht ohne Anwalt im Prozesse handelten und hervorgehoben, dass die C.-P.-O. die Parteien nicht mundtodt mache, diese vielmehr jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen beiwohnen und die Vorträge der Anwälte beaufsichtigen, ergänzen und berichtigen dürften, (§§ 128 u. 81), auch das Gericht das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen und bei solcher Gelegenheit das Fragerecht gegen sie ausüben könne. (§§ 132, 268 u. 130.)

II. Anwaltsprozess.

1) Der „Anwaltszwang" besteht nach § 74 als Regel bezüglich aller Prozesse, die vor den Langerichten und den Gerichten höherer Instanz geführt werden und zwar gilt derselbe, da er im öffentlichen Interesse eingeführt wurde, unabhängig vom Willen der Parteien. Die Nothwendigkeit des Anwalts wird desshalb nicht durch einen Verzicht des Gegners beseitigt. Zum Landgerichte gehören auch die bei einem solchen Gerichte eingerichteten Kammern für Handelssachen.

Soweit der Anwaltszwang besteht, muss sich die Partei durch einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Bezüglich der Zulassung sind die Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung (§§ 1—16) massgebend. Als Prozessgericht ist dasjenige Gericht anzusehen, bei welchem der Prozess anhängig oder durch die vorzunehmende Handlung anhängig zu machen ist. Sind verschiedene Abschnitte eines Prozesses bei verschiedenen Gerichten zu erledigen, so erscheint dasjenige Gericht als das Prozessgericht, bei dem die in Frage stehende Prozesshandlung vorzunehmen bezw. der Schriftsatz einzureichen ist. Soweit es sich um die Beschwerde handelt ist hienach das Gericht gegen dessen Entscheidung Beschwerde geführt wird oder das Beschwerdegericht als Prozessgericht anzusehen, je nachdem die Beschwerde bei dem einen oder bei dem andern eingereicht wird. (§§ 532 und 540.)[1] Die Ausführung der Parteirechte und die Vertretung des zum Prozessbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalts kann auch einem solchen Rechtsanwalt übertragen werden, der nicht bei dem Prozessgerichte zugelassen ist. (§ 27 R.-A.-O.)

Der bei dem Prozessgericht zugelassene Rechtsanwalt ist wenn er selbst in einem Prozess verwickelt wird nicht verpflichtet, einem anderen Anwalt die Prozessführung zu übertragen sondern kann diese selbst übernehmen und zwar nicht bloss in seinen eigenen Prozessen sondern auch wenn er gesetzlicher Vertreter einer Partei ist. Auf andere Rechtsanwälte oder sonstige rechtskundige Parteien erstreckt sich dieses Recht nicht. Insbesondere kann sich auch der

[1]) V. Erk. des Reichsgerichts vom 29. April 1880, (Annalen II S. 81 ff., Entscheid. Bd. I S. 431 ff., u. v. 27. Juli 1880 Annalen II S. 504 ff. Ebenso entschied das O.-L.-G. Stuttgart am 18. März 1880, würt. Gerichtsbl. Bd. 17 S. 333 ff.)

Fiskus nicht durch besondere Beamte vertreten lassen sondern muss sich im Anwaltsprozesse ebenso wie andere Parteien eines Rechtsanwalts bedienen. (M. 430 u. 431.) Der Staatsanwalt, der in Ehe- und Entmündigungssachen auftritt, bedarf selbstverständlich der Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht. Dass der Rechtsanwalt die Partei als Bevollmächtigter vertritt ist besonders hervorgehoben um dessen Stellung, die sich wesentlich von der des „gesetzlichen Vertreters“ unterscheidet, schärfer zu bezeichnen. (Bem. II zu § 50.)

2) Dass die Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten sein muss, ist bei den Landgerichten und höheren Gerichten die Regel; eine Ausnahme findet nur in den in § 74 Abs. 2 ausdrücklich vorgesehenen Fällen statt. Soweit eine solche Ausnahme nicht besteht ist schon die Klage von einem Rechtsanwalt zu erheben, der die Klageschrift wie die anderen Schriftsätze zu unterzeichnen hat (§§ 230 u. 121 Z. 6). Ueberhaupt kann, soweit nicht einer der gesetzlichen Ausnahmsfälle vorliegt, die Partei nirgends selbst auftreten und alle von ihr vorgenommenen Prozesshandlungen sind als unwirksam anzusehen. Eine ohne Anwalt erschienene Partei kann insbesondere nicht in dem zur mündlichen Verhandlung festgesetzten Termin selbst auftreten und ihre Rechte geltend machen, ist vielmehr in diesem Falle als nicht erschienen zu betrachten. Ja dieselbe kann nicht einmal mit Rechtswirksamkeit eine Vertagung beantragen, um Zeit zur Aufstellung eines Anwalts zu erlangen und ein Versäumnissurtheil abzuwenden. Wenn der Gegner die Vertagung nicht selbst beantragt, kann aber das Gericht eine solche von Amtswegen eintreten lassen. (§§ 205 u. 206.)

Der Anwaltszwang gilt auch für solche Prozeduren, bei welchen eine mündliche Verhandlung nicht vorgesehen ist oder wenigstens nicht stattfinden muss. Alle Schriftsätze, welche bei dem Landgerichte oder einem höheren Gerichte eingereicht werden, müssen sonach von einem bei diesem Gerichte zugelassenen Rechtsanwalte unterzeichnet sein sofern eine Befreiung vom Anwaltszwang nicht besteht. In den Motiven (S. 430) wurde zwar bemerkt, „der Anwaltszwang werde nicht erfordert für Prozedurakte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen.“ Dadurch sollte aber bloss die Vorschrift des § 74 Abs. 2 begründet werden. Eine Ausdehnung derselben wird dadurch nicht gerechtfertigt. Für das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts gilt hienach der Anwaltszwang ebenso wie derselbe ohne die Vorschrift des § 109 auch für Armenrechtsgesuche gelten würde, welche bei den Landgerichten und höheren Gerichten eingereicht werden. (Bem. zu § 37 S. 64.)

3) Nach § 74 Abs. 2 erstreckt sich der Anwaltszwang nicht auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozesshandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können; in diesen Fällen, in welchen auch im Anwaltsprozess der Anwaltszwang wegfällt, ist also die Partei berechtigt ohne Rechtsanwalt aufzutreten und die nöthigen Prozesshandlungen vorzunehmen. Als Prozesshandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, sind zu erwähnen die Gesuche:

a) betr. die Ablehnung einer Gerichtsperson (§ 44);

b) betr. die Festsetzung der zu erstattenden Kosten (§ 98);

c) um Bewilligung des Armenrechts (§ 109);
d) um Aussetzung des Verfahrens (§ 225);
e) um Entbindung von einem Zeugniss (§ 351);
f) betr. Ablehnung eines Sachverständigen (§ 371);
g) um Aufnahme von Beweisen zum ewigen Gedächtniss (§ 448);
h) betr. die Anbringung von Beschwerden (§ 532);
i) um Gestattung von Arrestanlage und Erlass einstweiliger Verfügen (§§ 800 u. 815).

Bezüglich des Verfahrens vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kommt besonders in Betracht das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen (§§ 313 ff.), die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter (§§ 326 ff., 340 ff.. 367 ff., 399), und die Eidesleistung vor einem Gerichtsmitgliede oder einem anderen Gerichte (§ 441).

Hinsichtlich der Form, in welcher die von der Partei selbst vorgenommenen Handlungen zu geschehen haben, sind die besonderen Vorschriften der C.-P.-O. entscheidend. Für die Prozesshandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, findet übrigens die Befreiung vom Anwaltszwang nicht bloss dann statt, wenn wirklich der Gerichtsschreiber in Anspruch genommen worden ist, sondern auch dann, wenn das Gericht in anderer Weise angegangen z. B. das Armenrecht durch eine schriftliche Eingabe nachgesucht wurde. [1])

III. Parteiprozess.

1) Im Verfahren vor den Amtsgerichten können die Parteien bezw. deren gesetzliche Vertreter den Prozess selbst führen oder die Führung einem Bevollmächtigten übertragen. Dieser muss eine prozessfähige Person sein (§§ 50 ff.); weitere Voraussetzungen sind aber nicht vorgeschrieben, insbesondere ist das Recht, als Prozessbevollmächtigter aufzutreten nicht ausschliesslich den Männern vorbehalten. Auch eine Frau kann sofern sie prozessfähig, d. h. ihre eigenen Prozesse selbst zu führen berechtigt ist als Bevollmächtigte einer Partei auftreten. Alle landesrechtlich bestehenden Beschränkungen in der Auswahl der Prozessbevollmächtigten sind beseitigt. (M. 431). Bevollmächtigte, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmässig betreiben können jedoch vom Gericht zurückgewiesen werden. (§ 143 Abs. 2.) Daraus, dass nur prozessfähige Personen als Bevollmächtigte vor Gericht auftreten können folgt, dass juristischen Personen, Vereinen, Gesellschaften etc., welchen die Prozessfähigkeit fehlt, eine Prozessvollmacht in wirksamer Weise nicht ertheilt werden kann. Ist dies jedoch in der Weise geschehen, dass die Vollmacht auf eine andere Person übertragen werden darf so ist die betr. Gesellschaft etc. ermächtigt, einen Bevollmächtigten zu bezeichnen da die Partei auch dieses Recht auf andere Personen übertragen kann und eine solche Uebertragung jedenfalls vornehmen wollte. [2])

[1]) V. auch Beschluss des Reichsgerichts vom 22. Dez. 1880, rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II, S. 215, d. Juristenzeitnng V S. 203.

[2]) V. Puchelt § 75 Z. 8 S. 291; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 108; Kleiner Bd. I S. 383. A. M. sind von Sarwey Bd. I S. 150; Gaupp Bd. I S. 250, welche auch juristische Personen als Bevollmächtigte zulassen wollen.

2) Soweit Rechtsanwälte im Parteiprozess als Bevollmächtigte auftreten, sind sie im Allgemeinen den Nichtanwälten gleichgestellt. Nach mehreren Richtungen hin, insbesondere soweit es sich um die Nothwendigkeit der Legitimation handelt (§ 84) sowie bezüglich der Mittheilung der Urkunden von Hand zu Hand (§ 126) und des Ersatzes der durch ihre Thätigkeit entstandenen Kosten (§ 87 Abs. 2), ist denselben jedoch eine besondere Stellung eingeräumt. Auch finden die Vorschriften des § 143 auf Rechtsanwälte keine Anwendung. (§ 143 Abs. 4.)

§ 76.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

Eine Privaturkunde muss auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

(E. § 74. M. 431 ff. K. 29, 514, 659.)

I. Nachweis der Bevollmächtigung.

Jeder Prozessbevollmächtigte, auch der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seine Vollmacht wenn es verlangt wird nachzuweisen. Ein Antrag, den Rechtsanwalt von dieser Vorschrift auszunehmen, wurde von der J.-K. abgelehnt. (K. 29.) Eine Verschiedenheit der Stellung ergibt sich jedoch für den Rechtsanwalt, der als Bevollmächtigter auftritt insofern als der Mangel der Vollmacht desselben im Anwaltsprozess nur vom Gegner selbst gerügt werden darf während das Gericht im Parteiprozess den Mangel von Amtswegen zu berücksichtigen hat. (§ 84.)

Auch die Rechtsanwälte, denen die Führung der an einem bestimmten Gerichte anhängigen fiskalischen Prozesse ein- für allemal eingeräumt ist, haben ihre Vollmacht auf Verlangen nachzuweisen. Ebenso genügt es bezüglich des Rechtsanwalts, der einer Partei zufolge des ihr bewilligten Armenrechts (§ 107) beigeordnet wurde nicht, dass er die betr. Verfügung des Gerichts vorlegt sondern er hat eine schriftliche Vollmacht des Klienten vorzulegen, dem auch das Recht zusteht, die Befugnisse des Bevollmächtigten in der gesetzlich zulässigen Weise (§ 791) zu beschränken. (M. S. 431, 432.) Zur Nachsuchung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren sowie zur Erhebung des Widerspruchs gegen einen solchen bedarf es nach § 643 des Nachweises einer Vollmacht nicht.

II. Schriftlichkeit der Vollmacht.

Die Vollmacht muss eine schriftliche sein; es sind jedoch alle Arten der schriftlichen Vollmachtsertheilung zulässig. Mit Rücksicht darauf wurde nicht eine „schriftlich durch die Partei ausgestellte Vollmacht", sondern in allgemeiner Weise eine schriftliche Vollmacht verlangt. (M. 431.) Auch die mündliche Er-

klärung der Partei vor Gericht muss wenn dieselbe in das Sitzungsprotokoll aufgenommen also schriftlich fixirt wurde genügen. In den Motiven (431) wurde bemerkt: „dass die Aufnahme in das Audienzprotokoll die schriftliche Form ersetze“ und ein Antrag, durch den dies ausdrücklich festgestellt werden sollte, wurde von der J.-K. abgelehnt, nachdem von Amsberg erklärt hatte: „Der Antrag sei korrekt aber überflüssig. Auch eine in der Sitzung zu Protokoll erklärte Vollmacht sei schriftlich im Sinne des Abs. 1 des §.“ (K. 29 u. 30.)

2) In welcher Weise Personen, welche nicht schreiben können, eine Vollmacht auszustellen haben, ist im Allgemeinen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen. Durch die Bestimmungen der C.-P.-O. (§§ 381 u. 405) wird aber das bürgerliche Recht insbesondere der Code civil, nach welchem Personen, welche nicht schreiben können, nur öffentliche (nicht Privat-) Urkunden errichten können, theilweise abgeändert da hienach beglaubigte Handzeichen der Unterschrift gleichstehen. Wie bei jeder anderen Urkunde muss es desshalb auch bei der Prozessvollmacht genügen, dass dieselbe nicht unterschrieben sondern mit einem in gehöriger Weise beglaubigten Handzeichen unterzeichnet wird. (K. 515.)

3) Die fortdauernde Geltung der auf das Prokuraindossament bezüglichen Vorschrift des Art. 17 der Wechselordnung sowie der Bestimmungen der Art. 42, 47 und 58 des Handelsgesetzbuchs über die Befugnisse der Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen wird durch § 13 Abs. 1 des E.-G. ausser Frage gestellt. Soweit die Prokura bezw. Handlungsvollmacht nach diesen Vorschriften zur Prozessführung berechtigt, genügt also deren Vorlage. (M. S. 432.) Die Vorschriften des Abs. 2 bezüglich der Beglaubigung der Vollmacht werden dadurch nicht berührt. (V. Bem. IV.)

III. Uebergabe zu den Gerichtsakten.

1) Die Vorschrift, dass die Vollmacht zu den Gerichtsakten abzugeben sei, wurde von der J.-K. in die C.-P.-O. aufgenommen. Dem Geist des Gesetzes entspricht es, dass die Vollmacht den Gerichtsakten in Urschrift beigefügt werde sofern dies thunlich ist; auch wurde bei den Verhandlungen darauf hingewiesen, dass der Gegner nur dann die gehörige Sicherheit habe wenn eine Originalvollmacht bei den Akten sei. Wenn die Urschrift sich aber, weil sie sich auf die Prozessführung im Allgemeinen bezieht oder einen noch grösseren Umfang hat bereits bei den Gerichtsakten über einen anderen Prozess befindet oder sonstwo hinterlegt ist, muss es auch genügen, dass eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht den Gerichtsakten beigefügt ist.

IV. Beglaubigung der Vollmacht.

1) Ist die Bevollmächtigung in einer öffentlichen Urkunde erfolgt, so bedarf es einer Beglaubigung derselben nicht. Wurde die Vollmacht in einer Privaturkunde ertheilt, so ist eine Beglaubigung erforderlich wenn es der Gegner verlangt; dagegen kann das Gericht wenn dieser zufrieden ist auch im Parteiprozess eine Beglaubigung nicht fordern.[1]) Bezüglich der Frage, ob eine öffentliche oder

[1]) Vgl. auch jur. Zeitschrift für Elsass-Lothringen J. VI. S. 178 ff.

eine Privaturkunde vorliegt, ist zunächst § 380 C.-P.-O. und sodann das geltende Landesrecht massgebend, nach welchem insbesondere zu beurtheilen ist, ob eine Urkunde von einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person ausgestellt wurde. In der J.-K. wurde als sogen. authentische Interpretation konstatirt: „dass von Gemeindebehörden, von öffentlichen anerkannten Stiftungen, von Kirchenverwaltungen ausgestellte Vollmachten als öffentliche Urkunden anzusehen seien und dass eine notarielle oder gerichtliche Beglaubigung nicht erfordert werde.“ (K. 659 und 660 und Beilage K zur 164. Sitzung der J.-K.) Es ist aber hiebei immer vorausgesetzt, dass die betr. Stiftung etc. als Behörde anerkannt ist. Die Frage, ob diese Voraussetzung zutrifft, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurtheilen.

2) Die Beglaubigung einer Privaturkunde muss, wenn eine solche verlangt wird, gerichtlich oder notariell geschehen und zwar hat der Vollmachtgeber die Wahl wenn nach dem betr. Landesrecht Gerichten wie Notaren das Beglaubigungsrecht zusteht. Sind nach diesem Recht nur die Gerichte oder nur die Notare zur Beglaubigung einer Privaturkunde bezw. der Unterschrift oder des Handzeichens auf denselben befugt, so wird daran nichts geändert. Die Justizgesetze befassen sich mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht (§ 2 des E.-G. zum G.-V.-G.) und die C.-P.-O. will nur die gerichtliche und notarielle Beglaubigung soweit dieselbe zulässig ist als gleichberechtigt behandeln. Durch die Vorschrift, dass es bei der Beglaubigung weder der Zuziehung von Zeugen noch eines Protokolls bedarf, sonach die Unterschrift bezw. das Handzeichen auf der Vollmacht selbst zu bestätigen ist sind die entgegenstehenden Vorschriften der Landesgesetze aufgehoben. Bezüglich solcher Vollmachten welche im Ausland ausgestellt wurden, genügt übrigens die Beglaubigung durch den betr. deutschen Konsul, der nach § 14 des Reichsgesetzes vom 8. Nov. 1867 betr. die Organisation von Bundeskonsulaten zur Legalisirung derjenigen Urkunden befugt ist, die in seinem Amtsbezirke ausgestellt oder beglaubigt wurden.

3) Entspricht die Beglaubigung der Vollmacht den Vorschriften des Gesetzes nicht, so braucht sich der Gegner nicht damit zu begnügen; ist derselbe aber mit der Beglaubigung durch einen Gemeindevorstand etc. zufrieden, so hat es dabei sein Bewenden da er ganz auf die Beglaubigung verzichten konnte.

§ 77.

Die Prozessvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen, einschliesslich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlasst werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner

geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

(E. § 75. M. 432. K. 31 u. 516.)

1) In § 77 wird vorausgesetzt, dass ein Bevollmächtigter, wie es im Anwaltsprozess regelmässig geschehen muss, mit der Prozessführung im Allgemeinen beauftragt wurde. Nur wenn eine solche allgemeine Vollmacht (Prozessvollmacht) vorliegt, nicht aber wenn bloss zur Vornahme einzelner Prozesshandlungen Vollmacht ertheilt wurde (§ 79 Abs. 2) können die Vorschriften desselben zur Anwendung kommen. Eine solche „Prozessvollmacht" ermächtigt zur Vornahme aller Prozesshandlungen, welche erforderlich sind um den Rechtsstreit richtig und ohne unnöthige Schwierigkeiten und Kosten durchzuführen, einschliesslich der im Gesetz ausdrücklich aufgezählten Handlungen. Es ist desshalb eine Spezialvollmacht auch zur Ablegung von Geständnissen, Anerkennung von Urkunden, zum Verzicht auf Beweismittel, zur Zuschiebung und Zurückschiebung eines Eides sowie zum Verzicht auf die Ableistung eines solchen, zur Erweiterung und Aenderung der Klage u. s. w. nicht erforderlich. Vielmehr kann der Prozessbevollmächtigte nach allen diesen Richtungen hin Alles das thun, was ihm geboten zu sein scheint und Alles unterlassen, was er für schädlich oder überflüssig hält. „Die Partei übergibt ihre Rechtssache dem Bevollmächtigten, damit dieser den Prozess nach bestem Ermessen zu Ende führe und das hiezu Nöthige vornehme." (M. a. a. O.)

2) Das Recht der Vereinbarung steht dem Prozessbevollmächtigten unbedingt zu; dagegen hat er nicht das Recht, auf Grund der Prozessvollmacht einen Vertrag abzuschliessen, durch welchen die Entscheidung nach §§ 852 ff. einem Schiedsgerichte übertragen wird. (M. S. 588.) Dass auch die Vornahme einer **Klagänderung** (§§ 235, 240 u. 241) zu den Befugnissen des Prozessbevollmächtigten gehört, ist schon desshalb anzunehmen weil die Fassung des Gesetzes eine ganz allgemeine ist und die Aenderung der Klage jedenfalls auch „den Rechtsstreit betrifft" sowie weil die Prozessvollmacht auch zur Erhebung einer Widerklage, die ebenfalls eine neue Klage bildet, und zur Vertheidigung gegen eine Hauptintervention also gegen einen gar nicht vorauszusehenden Angriff berechtigt. In der J.-K. (31, 22) wurde auch ausdrücklich anerkannt, dass der Bevollmächtigte zur Klageänderung einer besonderen Vollmacht nicht bedürfe.

3) Die Bestellung eines Vertreters durch den Bevollmächtigten kann ebenso wie die eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen ein für alle Male in der Weise geschehen, dass dem Vertreter die Durchführung des ganzen Prozesses übertragen wird. Es ist also nicht nothwendig, dass der Prozessbevollmächtigte seinen Vertreter für jede einzelne Prozesshandlung besonders bevollmächtigt. Daraus, dass dem Prozessbevollmächtigten diese Substitutionsbefugniss zusteht folgt auch, dass er für seinem Vertreter zur Last fallende Fehler nicht unbedingt haftet sondern nur durch ein Versehen bei der Auswahl des Vertreters haftbar wird. Hat er einen geeigneten Vertreter bestellt so muss sich die Partei wegen des Schadens, der ihr durch dessen Verschulden erwachsen ist, an diesen Vertreter selbst halten und kann den Prozessbevoll-

mächtigten für Ablieferung von Geldern, die der Substitut auf Grund der allgemeinen Prozessvollmacht eingenommen und nicht ausgehändigt hat, nicht verantwortlich machen. Nur wenn dem Prozessbevollmächtigten die Substitution von der Partei untersagt war, haftet er auch für die vom Substituten begangenen Fehler da er denselben auf seine Gefahr als Bevollmächtigten bestellt hat. Der aufgestellte Grundsatz gilt jedoch nur soweit es sich wirklich um eine Substitution d. h. um eine wenn auch vorübergehende Uebertragung der Prozessvollmacht auf einen anderen Prozessbevollmächtigten handelt. Er kommt nicht auch in den Fällen zur Anwendung, in welchen der Bevollmächtigte lediglich zu seiner Erleichterung einen Theil der Geschäfte durch eine andere Person besorgen lässt, die von ihm abhängig ist, für die er aber auch verantwortlich bleibt. Lässt z. B. ein Anwalt durch seinen Gehülfen die Prozesskosten vom Gegner einkassiren, so haftet er da dieser sein Bevollmächtigter nicht der der Partei ist, unbedingt für deren Ablieferung.

Das durch § 77 eingeräumte Recht einen Vertreter zu bestellen bezieht sich nur auf diejenigen Fälle, in welchen eine „Prozessvollmacht" ertheilt wurde und auf diejenigen Befugnisse, welche aus dieser Prozessvollmacht abgeleitet werden können. Derjenige, der nur mit Vornahme einzelner Prozesshandlungen beauftragt wurde (§ 79 Abs. 2) sowie der Prozessbevollmächtigte, dem auf Grund einer besonderen Vollmacht weitere Befugnisse eingeräumt wurden, die ihm nach der Prozessvollmacht nicht zustehen (z. B. die Einkassirung der eingeklagten Hauptsumme etc.) ist nicht ohne Weiteres befugt, seine Vollmacht auf einen Dritten zu übertragen, sondern nur dann wenn dies nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Mandat zulässig ist.

4) So allgemein auch die Befugnisse sind welche dem Prozessbevollmächtigten zustehen, so sind dieselben doch auf diejenigen Handlungen beschränkt, welche sich auf die Prozessführung beziehen. Dagegen bedarf derselbe einer besonderen Vollmacht zu allen Handlungen, welche ausserhalb dieses Gebiets liegen. Zu den Handlungen, welche den Rechtsstreit betreffen gehören die Prozesshandlungen, welche durch die Zwangsvollstreckung veranlasst werden also sowohl die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens selbst als das Verfahren, das zufolge eines Einspruchs gegen die Vollstreckung eintritt. Ebenso gehört hiezu die Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten. Dagegen steht dem Prozessbevollmächtigten nicht das Recht zu, auf Grund der Prozessvollmacht andere Zahlungen für die von ihm vertretene Partei in Empfang zu nehmen auch wenn diese den Zweck haben, dem für diese erwirkten Urtheil zu genügen. Ebenso ist er nicht ermächtigt wenn eine bestimmte (bewegliche oder unbewegliche) Sache oder eine Urkunde den Streitgegenstand bildet, diese dem Gegner zu übergeben oder sich aushändigen zu lassen. Dies geht aus der Natur der Sache sowie daraus hervor, dass die Befugniss zur Empfangnahme der Prozesskosten ausdrücklich im Gesetze erwähnt wurde. Es wurde aber auch in den Motiven (432) ausdrücklich hervorgehoben. Hat der Gläubiger den Rechtsanwalt zur Empfangnahme der geschuldeten Beträge beauftragt, so muss er die dadurch entstehenden Inkassogebühren tragen sofern der Schuldner dieselben nicht ausdrücklich übernommen hat.

5) Die Prozessvollmacht ermächtigt zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand (§ 277) oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs. (§ 278.) Diese Befugniss, dem ganzen Streit ein Ende zu machen schliesst auch das Recht in sich ein, die Klage oder ein Rechtsmittel förmlich zurückzunehmen (§§ 243, 476, 519) zumal damit das Recht selbst nicht immer aufgegeben wird. Das Recht der Beseitigung des Prozesses wurde dem Bevollmächtigten eingeräumt, ,,weil die allgemeine Prozessvollmacht nicht dahin verstanden werden könne, dass der Bevollmächtigte auch gegen seine im Laufe des Verfahrens gewonnene feste Ueberzeugung von der Nichtdurchführbarkeit der ihm übertragenen Rechtssache weiter prozessiren und durch die nutzlose Fortsetzung des Prozesses seine Anwaltsehre schädigen und seiner Partei zwecklose Kosten machen solle.“ (M. 432.) Auch geht der Wille des Gesetzgebers unzweifelhaft dahin, dass der Bevollmächtigte sofern seine Befugnisse nicht nach § 79 beschränkt sind die ihm übertragenen Prozesse in jeder Weise, sei es durch Vergleich sei es durch eine einseitige Handlung, beendigen könne. (M. a. a. O.) Bezüglich des Vergleichs versteht es sich übrigens von selbst, dass die Befugniss des Bevollmächtigten sich nur auf diejenigen Gegenstände erstreckt, welche in der einen oder anderen Weise (durch Klage, Widerklage oder Hauptintervention) Gegenstand des Rechtsstreits geworden sind, nicht auch auf andere Streitpunkte, bezüglich deren ein Prozess nicht besteht oder dieser wenigstens nicht von ihm geführt wird. [1])

6) Hat der Prozessbevollmächtigte auf Grund der ihm eingeräumten Befugniss den Prozess beendigt so sind seine Handlungen nicht nur in der Art wirksam, dass sie dem Gegner gegenüber nicht angefochten werden können, die Partei, welche die Prozessvollmacht nicht gemäss § 79 beschränkt hat, muss auch anerkennen, dass der Prozessbevollmächtigte, der einen Vergleich abschloss oder einen Prozess in anderer Weise erledigte, innerhalb seiner Befugnisse gehandelt hat. Sie kann denselben wegen derartiger Handlungen nur dann verantwortlich machen wenn sie nachweist, dass sie durch ein Verschulden desselben geschädigt wurde.

§ 78.

Die Vollmacht für den Hauptprozess umfasst die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

(E. § 76. M. 432 u. 433. K. 31.)

Die C.-P.-O. geht im Allgemeinen von dem Gedanken aus, dass die Prozessvollmacht nicht zur Führung von neuen Prozessen ermächtigt, welche aus dem Prozesse hervorgehen, für den die Vollmacht ertheilt war. Jedoch stellt § 78

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 71; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. III; Seuffert S. 82; Puchelt I S. 199; von Sarwey I S. 154; ferner Entscheid. des L.-G. Dresden in Wenglers Archiv N. F. Bd. 1 S. 89 und 520.

einige Ausnahmen auf, welche natürlich nicht auf dem Weg der Analogie auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen. Insbesondere ist der Bevollmächtigte, der eine Partei in einem dem Hauptprozess vorhergehenden Verfahren bezüglich eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung vertreten hat, nicht berechtigt, auf Grund der früheren Vollmacht auch den nachfolgenden Hauptprozess für dieselbe zu führen. Eine dahin gehende Vorschrift wurde absichtlich nicht in die C.-P.-O. aufgenommen, weil man sie nicht für gerechtfertigt hielt. (M. 433.) Daraus, dass hier die Hauptintervention ausdrücklich erwähnt ist darf nicht geschlossen werden, dass zur Vertheidigung gegen einen Nebenintervenienten eine besondere Vollmacht erforderlich ist. Diese Befugniss ergibt sich vielmehr schon aus § 77, da durch die Nebenintervention kein neuer Prozess entsteht sondern der Nebenintervenient lediglich einer der Hauptparteien zum Sieg verhelfen will.

§ 79.

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozesshandlungen ertheilt werden.

(E. § 77. M. 433. K. 31 u. 32.)

I. Beschränkung der Vollmacht. (Abs. 1.)

1) In Abs. 1 des § wird in Uebereinstimmung mit den im Handelsgesetzbuch und Genossenschaftsgesetz zur Geltung gekommenen und auch bezüglich der gesetzlichen Vertreter (in § 52) theilweise zur Anwendung gelangten Grundsätzen der Satz aufgestellt, dass die Beschränkung der dem Prozessbevollmächtigten gesetzlich zustehenden Befugnisse dem Gegner gegenüber unwirksam sei. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz tritt ein: „wenn die Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.“ Der Gegner kann nicht verlangen, dass ihm die Ausschliessung einzelner Befugnisse mitgetheilt werde. Vielmehr ist es seine Sache, sich über den Inhalt der Vollmacht, deren Vorlegung er fordern kann, Gewissheit zu verschaffen. [1]) Die Befugniss zur einfachen Zurücknahme der Klage ohne Verzicht auf das Klagrecht (§ 243) darf dem Gegner gegenüber nicht beschränkt werden. Die

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 72; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 112; Hellmann I S. 288; von Sarwey I S. 157; Gaupp I S. 262. Die entgegengesetzte

einfache Zurücknahme der Klage unter Vorbehalt des geltend gemachten Rechts enthält weder einen Vergleich oder eine Anerkennung noch einen Verzicht auf den Streitgegenstand.

2) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Prozessbevollmächtigten und der von ihm vertretenen Partei ist das materielle Recht massgebend. Der Vollmachtgeber kann die Befugnisse seines Bevollmächtigten beschränken oder erweitern und es ist nach den Regeln des Civilrechts zu entscheiden, inwiefern der Prozessbevollmächtigte seiner Partei wegen auftragswidriger Prozessführung haftbar wird. (M. S. 433.) Liegt eine Ueberschreitung der Vollmacht vor, die ja an sich regelmässig ein Verschulden enthält so hat die Partei nur zu beweisen, dass sie durch diese Ueberschreitung wirklich geschädigt wurde. Hat der Prozessbevollmächtigte dagegen die Grenzen der Vollmacht eingehalten so muss ihm ausser der Schädigung auch ein solches Verschulden nachgewiesen werden, das ihn nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts haftbar macht. Insbesondere gilt dies bezüglich der Rechtsmittel. Es ist in keiner Weise gerechtfertigt, den Prozessbevollmächtigten, weil er es unterliess ein Rechtsmittel einzulegen oder ein solches zurücknahm, ohne Weiteres haftbar zu machen. Vielmehr kann man von ihm nur verlangen, dass er der Partei von den gegen sie ergangenen Urtheilen Kenntniss gibt und sie auf die ihr zustehenden Rechtsmittel aufmerksam macht.

II. Vollmacht für einzelne Prozesshandlungen. (Abs. 2.)

1) Nach § 74 muss im Anwaltsprozess ein Prozessbevollmächtigter aufgestellt werden und dieser muss wenn er zugelassen werden soll mit einer allgemeinen Vollmacht zur Führung des Prozesses (Prozessvollmacht) versehen sein. Erstreckt sich die Vollmacht nur auf einzelne Prozesshandlungen so gilt der Bevollmächtigte nicht als legitimirt. Die Beifügung von Beschränkungen hebt die Wirksamkeit der Prozessvollmacht nicht auf. Vielmehr bleiben die Beschränkungen, die nicht durch Absatz 1 gestattet sind, nur dem Gegner gegenüber unwirksam. Im Parteiprozess ist die Partei, welche ihren Prozess selbst führen will nach Abs. 2 des § berechtigt, für einzelne Prozesshandlungen eine Vollmacht zu ertheilen. Ein solcher Bevollmächtigter ist nicht Prozessbevollmächtigter im Sinne des § 77 und kann nur diejenigen Handlungen vornehmen, zu denen er ausdrücklich ermächtigt ist. Auf ihn finden die Vorschriften der §§ 77, 78, 79 Abs. 1 keine Anwendung. Dagegen gilt für diese Art Vollmacht § 76, der von der Form der Bevollmächtigung handelt und ebenso müssen auf dieselbe die §§ 80—85 Anwendung finden.

2) Durch Benützung der in § 79 Abs. 2 enthaltenen Bestimmung kann die Vorschrift des Abs. 1 dieses § im Parteiprozess nahezu illusorisch gemacht werden. Die Partei braucht nur die Befugnisse, die sie dem Bevollmächtigten übertragen will, einzeln aufzuzählen ohne denselben zur Führung des Prozesses im Allgemeinen zu ermächtigen und die Prozesshandlungen, bezüglich deren sie den Bevollmächtigten beschränken will, bei Seite zu lassen und sie hat das erreicht, was

Ansicht, welche früher auch der Verfasser theilte, vertreten Seuffert S. 84 und Puchelt Bd. I S. 302.

ihr dem Gegner gegenüber versagt wäre wenn sie die Befugniss zur Prozessführung im Allgemeinen aussprechen und dann dem Bevollmächtigten gewisse Befugnisse entziehen wollte. Ein derartiges Verfahren ist aber dessenungeachtet zulässig, da es eine Konsequenz des im Gesetz enthaltenen Systems bildet und dieses nirgends verbietet, für eine grössere Zahl von einzelnen Prozesshandlungen eine Vollmacht aufzustellen. Auch weiss in diesem Fall der Gegner genau, dass der betr. Bevollmächtigte in seinen Befugnissen auf bestimmte Handlungen beschränkt ist. (V. n. Pr. S. 214.)

§ 80.

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat den Gegnern gegenüber keine rechtliche Wirkung.

(E. § 78. M. 433. K. 32.)

1) Durch den § wird die Befugniss der Parteien zur Aufstellung mehrerer Prozessbevollmächtigten anerkannt und deren Stellung geregelt. Es wird aber auch der Klausel „sammt und sonders“ dem Gegner gegenüber die Wirksamkeit entzogen. Dass die Vorschriften auch für den Parteiprozess gelten, geht aus der allgemeinen Fassung desselben hervor, welche im Gegensatz zu § 137 n. E. gewählt wurde. Es können sonach im Parteiprozess wie im Anwaltsprozess mehrere Prozessbevollmächtigte nebeneinander bestellt, ebenso kann einer Person eine Prozessvollmacht ertheilt und eine andere mit Vornahme einzelner Prozesshandlungen beauftragt werden. Ist die Prozessvollmacht eine unbeschränkte so kann der Prozessbevollmächtigte alle Prozesshandlungen vornehmen, zu denen ihn dieselbe nach § 77 ermächtigt; wurde dagegen von der in § 79 Abs. 1 gegebenen Befugniss Gebrauch gemacht so ist es zulässig, dass die dem Prozessbevollmächtigten entzogenen Befugnisse einem Dritten übertragen werden.

2) Wenn mehrere Prozess-Bevollmächtigte aufgestellt worden sind, was (nach § 87) in der Regel die Folge haben wird, dass die Partei die dadurch verursachten Mehrkosten tragen muss so kann jeder derselben unabhängig vom anderen jede Prozesshandlung vornehmen, zu der § 77 ermächtigt. Insbesondere können Zustellungen, welche gemäss § 64 erfolgen, jedem Bevollmächtigten nach Wahl des Gegners gemacht werden. Grundsätzlich steht jedem derselben das Recht zu, die Sache vor Gericht mündlich vorzutragen; jedoch wird hiedurch das Recht des Vorsitzenden, wenn die Sache hinreichend erörtert ist die Verhandlung zu schliessen (§ 127) nicht beeinträchtigt. Sofern die verschiedenen Prozessbevollmächtigten gemeinschaftlich handeln oder sich der eine passiv verhält und den anderen gewähren lässt, werden sich bezüglich der Prozessführung keine Schwierigkeiten ergeben. Wohl aber würden solche hervortreten wenn es vorkommen sollte, dass dieselben widersprechende Prozesshandlungen vornehmen oder sonstwie z. B. bezüglich der abgegebenen Erklärungen in Widerspruch gerathen. Im Allgemeinen steht, da die Klausel „sammt und sonders“ durch den

§ beseitigt werden sollte, keinem Bevollmächtigten das Recht zu, den anderen durch seinen Widerspruch an der Vornahme einer Prozesshandlung zu verhindern; vielmehr entscheidet bezüglich der Befugniss zur Vornahme einer bestimmten Handlung die Prävention und wird die Wirkung einer Prozesshandlung z. B. der Eideszuschiebung oder eines Beweisanerbietens dadurch nicht aufgehoben, dass ein anderer Prozessbevollmächtigter dagegen Widerspruch erhebt. Jedoch ist nach § 81 wenn der Prozessbevollmächtige ein von dem anderen abgelegtes Geständniss oder eine andere thatsächliche Erklärung sofort widerruft oder berichtigt, diesem Widerruf bezw. der Berichtigung dieselbe Wirkung beizulegen als wenn die Partei selbst dieselben vorgebracht hätte. Im Uebrigen ist es wenn widersprechende thatsächliche Erklärungen vorliegen, da das Rechtsverhältniss nur einheitlich festgestellt werden kann, ebenso zu halten wie wenn mehrere Streitgenossen, bei denen die Voraussetzungen des § 59 vorliegen, widerstreitende Erklärungen abgeben und wird sonach § 259 zur Anwendung kommen. (Bem. III zu § 59.)

3) Nach den Motiven (S. 433) sollen die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Collectivprokura (Art. 41 Abs. 3), über die Befugniss mehrerer Gesellschafter, die offene Handelsgesellschaft gemeinschaftlich zu vertreten, und über die Unfähigkeit des einzelnen Gesellschafters zur Vertretung derselben sowie die daraus hervorgehende Nichtverpflichtung der Gesellschaft (Art. 86 Nr. 4, Art. 100 u. Art. 115) neben § 80 weiter gelten, weil sie durch § 13 Einf.-Gesetzes aufrecht erhalten würden. Die Stellung der Handelsgesellschafter wird durch § 80 nicht berührt, da sie nicht als Bevollmächtigte der Gesellschaft sondern als deren „gesetzliche Vertreter" anzusehen sind oder höchstens als Streitgenossen behandelt werden können. (§§ 56 u. 57 Bem. I. 2 und § 59 Bem. I. 2.) Dagegen bleibt hinsichtlich der Prokuristen Art. 41 Abs. 3 H.-G.-B. in Kraft, welcher soweit es sich um die Prozessführung handelt als prozessualisch anzusehen ist. (§ 13 E.-G.)

§ 81.

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

(E. § 79. M. 433. K. 32.)

1) Durch den ersten Satz des § wird bezüglich der vom Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen festgestellt, dass die Partei durch denselben in vollkommener Weise vertreten wird und dessen Handlungen ebenso anerkennen muss als ob dieselben von ihr selbst vorgenommen worden wären. Der Bevollmächtigte verpflichtet hienach den Vollmachtgeber durch seine Handlungen wie durch

seine Unterlassungen. Bezüglich der letzteren ist mit Rücksicht auf diese Stellung des Bevollmächtigten und des „gesetzlichen Vertreters“ in § 210 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen: „dass eine Versäumniss, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen wird.“ Dass der § nur dann Anwendung findet wenn der Bevollmächtigte in den Grenzen verblieben ist, welche ihm durch das Gesetz gesteckt sind, versteht sich von selbst. (M. 433.) Um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, stellte Reichensperger in der J.-K. den Antrag, die Worte beizufügen: „innerhalb des durch § 77 bezeichneten Umfangs“ zog aber diesen Antrag zurück, nachdem von Amsberg es für zweifellos erklärt hatte: „dass der § sich nur auf solche Prozesshandlungen beziehe, zu denen der Bevollmächtigte berechtigt sei.“ (K. 32.) Die Handlungen einer auf Grund des § 85 einstweilen zur Prozessführung zugelassenen Person können die betr. Partei natürlich nur dann verpflichten bezw. derselben schaden wenn sie jener Person, sei es auch nur mündlich, Vollmacht ertheilt oder deren Prozessführung nachträglich genehmigt hat.

2) Hinsichtlich der vom Bevollmächtigten abgegebenen Geständnisse und anderer thatsächlichen Erklärungen gilt im Allgemeinen der in Nr. 1 erörterte Grundsatz. Derselbe findet jedoch insofern nur beschränkte Anwendung als die bei der mündlichen Verhandlung „miterschienene“ Partei berechtigt ist, diese Geständnisse oder sonstigen Erklärungen sofort zu widerrufen bezw. zu berichtigen und denselben dadurch jede Wirksamkeit zu entziehen. Dieses Recht steht der Partei auch im Anwaltsprozess zu, sei es dass sie zufolge einer Anordnung des Gerichts (§§ 132 u. 268) in der Sitzung erschienen ist, sei es dass sie sich freiwillig in derselben eingefunden hat. Dagegen ist die Partei wenn sie in der Sitzung nicht zugegen war oder es unterliess, von der ihr zustehenden Befugniss Gebrauch zu machen, auch dann nicht zum nachträglichen Widerruf berechtigt wenn das Geständniss ihrem ausdrücklichen Auftrag zuwider erfolgte. Vielmehr entscheiden dann bezüglich der Wirksamkeit des Widerrufs lediglich die Vorschriften des § 263. Ob der Widerruf oder die Berichtigung rechtzeitig („sofort“) vorgebracht wurde, hat das Gericht im einzelnen Fall unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurtheilen. (M. S. 433.) Im Allgemeinen gilt der Satz: „qui tacuit, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur.“ Man kann aber nicht verlangen, dass die Partei ihren Bevollmächtigten unterbreche, um die von ihr beabsichtigte Berichtigung vorzubringen oder ein Geständniss zu widerrufen; vielmehr wird es immer genügen, dass sie nach Beendigung des Vortrags sofort ihre Bemerkungen vorbringt. Ja, es kann die Berichtigung auch dann noch als rechtzeitig anzusehen sein wenn der Gegner schon das Wort ergriffen hatte. Insbesondere wird dies der Fall sein wenn der Sinn und die Tragweite der abgegebenen Erklärungen der Partei erst durch diesen Vortrag klar geworden ist.

3) Die Vorschrift, welche der Partei den Widerruf von Geständnissen etc. gestattet, hat nur den Zweck, die Beseitigung irrthümlicher Behauptungen und Zugeständnisse des Bevollmächtigten zu ermöglichen. (M. a. a. O.) Dieselbe kann desshalb nur Anwendung finden wenn es sich wirklich um ein Geständniss oder eine thatsächliche Erklärung handelt und darf als Ausnahmebestimmung nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Insbesondere hat die Partei, wie sich aus

Wortlaut und Grund des Gesetzes ergibt, nicht das Recht, förmliche Verfügungen des Bevollmächtigten z. B. Verzichte auf ein Recht oder Beweismittel oder eine Anerkennung der Klage zurückzunehmen. Vielmehr kann sie wenn sie durch solche Verfügungen geschädigt wurde, sich nur an den Bevollmächtigten halten. [1])

§ 82.

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozessfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

§ 83.

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

(E. §§ 80 u. 81. M. 433 u. 434. K. 32, 516 u. 517.)

1) Die C.-P.-O. regelt die Frage, auf welche Weise der Vollmachtsvertrag beendigt wird, nicht in erschöpfender Weise sondern überlässt dieselbe im Allgemeinen dem bürgerlichen Recht. Sie ordnet jedoch (in § 82) ausdrücklich an, dass der Tod des Vollmachtgebers sowie eine Veränderung in Betreff seiner Prozessfähigkeit etc. die Vollmacht, welche hienach auf die Erben bezw. den Vormund übergeht, nicht aufhebe und trifft für diesen Fall wie für den der Kündigung Vorsorge, dass durch die eingetretenen Veränderungen die Interessen der Parteien nicht geschädigt werden.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird das Vertragsverhältniss zwischen der Partei und ihrem Prozessbevollmächtigten regelmässig durch folgende Umstände beendigt:

a. wenn der Bevollmächtigte das ihm aufgetragene Geschäft vollständig erledigte, also beim Vorhandensein einer allgemeinen Vollmacht (§ 77) wenn der Bevollmächtigte den Prozess bis zu Ende durchgeführt hat, falls ihm aber nur

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 73; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 114. A. M. sind von Sarwey I S. 159 u. Gaupp I S. 266.

einzelne Prozesshandlungen aufgetragen wurden (§ 79 Abs. 2) wenn er diese vorgenommen hat;

b. wenn von der Partei oder dem Bevollmächtigten der Vertrag in wirksamer Weise gekündigt wurde;

c. wenn der Bevollmächtigte stirbt oder die Fähigkeit, Prozessbevollmächtigter zu sein, verliert.

Im Einzelnen kommen die Vorschriften des geltenden bürgerlichen Rechts zur Anwendung und zwar ist das Recht desjenigen Ortes massgebend, an dem der Prozessbevollmächtigte wohnt und der Vollmachtsvertrag zu erfüllen ist. [1])

2) Weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch die Veränderungen in Betreff seiner Prozessfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung desselben wird die Vollmacht aufgehoben. Wenn der Vollmachtgeber stirbt, hat der Bevollmächtigte sonach das Recht, die Erben zu vertreten und ebenso bleibt, wenn eine vorher prozessfähige Person entmündigt wird und dadurch die Prozessfähigkeit verliert oder eine prozessunfähige Person, welcher durch ihren gesetzlichen Vertreter ein Bevollmächtigter bestellt worden war, die Prozessfähigkeit erlangt, die ertheilte Vollmacht vollständig in Kraft. Auch der Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters entzieht dem Bevollmächtigten seine Befugnisse nicht. Eine Unterbrechung des Verfahrens, welche sonst (nach §§ 217 ff.) die Folge des Todes einer Partei oder des Verlusts der Prozessfähigkeit ist, tritt wenn ein Prozessbevollmächtigter bestellt ist nicht ein. (§ 223 Abs. 1.) Jedoch hat dieser, der unter Umständen von den Rechtsnachfolgern der Partei eine Instruktion oder auch zu seiner Deckung eine neue Vollmacht zu erholen hat, das Recht, die Aussetzung des Verfahrens zu verlangen. Im Fall des Todes der Partei steht auch dem Gegner, für den dadurch (besonders soweit es sich um Eideszuschiebung handelt) die ganze Sachlage verändert werden kann, dieses Recht zu. Für den Fall, dass eine solche Aussetzung eingetreten ist und der Prozessbevollmächtigte nach derselben für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, verpflichtet § 82 den Bevollmächtigten, eine Vollmacht desselben beizubringen während er ausserdem einer neuen Vollmacht nicht bedarf. Ein Antrag, durch welchen der Prozessbevollmächtigte verpflichtet werden sollte, dem Gegner von den eingetretenen Aenderungen Anzeige zu machen, wurde von der J.-K. abgelehnt. (K. 32.)

3) Durch § 83 Abs. 1 wird der Gegner dagegen gesichert, dass er durch die Kündigung der Vollmacht in die Lage kommt, mit einem Bevollmächtigten zu verhandeln, dessen Befugnisse erloschen sind. (M. S. 433.) Ihm gegenüber verliert der Prozessbevollmächtigte durch die Kündigung nicht die ihm zustehenden Befugnisse, sondern erst durch die in § 83 Abs. 3 vorgesehenen Anzeigen. Insbesondere gilt dies hinsichtlich der Zustellungen. Durch § 83 wird nicht bloss dem Gegner ein Recht gegeben, auf das er zu verzichten vermag. Denn nach dem System der C.-P.-O. gibt es immer nur eine Person, der gültig zuge-

[1]) V. Savigny System Bd. VIII §§ 372 u. 374 S. 247 und 269; Windscheid Pandekten Bd. I § 35 S. 81; Paul von Roth bayer. Civilrecht Bd. I § 16 S. 142.

stellt werden kann.[1]) Als Kündigung erscheint auch der Widerruf der Vollmacht durch den Vollmachtgeber. Dadurch, dass die Kündigung nicht angezeigt oder der Prozessbevollmächtigte im Anwaltsprozess nicht ersetzt wurde, kann hienach für den Gegner ein Nachtheil nicht erwachsen, da er mit dem früheren Bevollmächtigten selbst wenn er von der Kündigung Kenntniss erlangt haben sollte weiter verhandeln kann bis der Vorschrift des § 83 Genüge geschehen ist.

4) Abs. 2 des § 83 trifft Vorsorge dagegen, dass der Vollmachtgeber durch eine plötzliche Kündigung Seitens des Bevollmächtigten in Verlegenheit gesetzt wird, indem er diesen ermächtigt, für den Vollmachtgeber solange zu handeln bis dieser einen anderen Bevollmächtigten bestellt oder (wenn dies zulässig ist) selbst die Führung des Prozesses übernommen hat. Wurde durch den Vollmachtgeber gekündigt, so hat der Bevollmächtigte diese Befugniss nicht; vielmehr ist er der Partei gegenüber verpflichtet, sich aller Prozesshandlungen, welche nicht lediglich konservatorischer Natur sind, zu enthalten sowie dem Gegner von der erfolgten Kündigung Anzeige zu machen, damit dieselbe wirksam wird. In der J.-K. stellte Reichensperger den Antrag: „Im Anwaltsprozesse muss der bestellte Anwalt nach der durch ihn erfolgten Kündigung der Vollmacht solange für den Vollmachtgeber handeln, bis dieser einen anderen Anwalt bestellt hat oder die dem Vollmachtgeber auf Antrag des Anwalts vom Gericht gesetzte Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts abgelaufen ist.“ Dieser Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem von Amsberg bemerkt hatte: „Der vorgeschlagene Zusatz greife in das Civilrecht hinüber und enthalte eine Aenderung des bestehenden Rechts. Die Prozessordnung habe sich nicht mit Regelung des inneren Verhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu befassen. Es genüge, wenn sie dem Auftragnehmer auch nach Kündigung der Vollmacht formell die Befugniss zu Prozesshandlungen gewähre.“ (K. 516 und 517.) Die Frage ob und inwieweit ein Prozessbevollmächtigter verpflichtet ist, die Geschäfte nach vorgenommener Kündigung fortzuführen, ist hienach auch soweit es sich um einen Rechtsanwalt handelt nach bürgerlichem Recht zu beurtheilen. (M. S. 433.)

§ 84.

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

§ 85.

Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheits-

[1]) V. auch R.-G. 26. März 1881. Jur. Wochenschrift J. 1881 S. 91.

leistung für Kosten und Schäden zur Prozessführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muss die Prozessführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

(E. §§ 82 u. 83. M. 434 u. 435. K. 32. 33 u. 517.)

1) Wenn Jemand als Bevollmächtigter einer Partei auftritt hat der Gegner im Anwaltsprozess wie im Parteiprozess das Recht, die Vollmacht, welche nach § 76 schriftlich vorgelegt werden muss, zu prüfen, deren Mängel zu rügen und diejenigen Anträge zu stellen, welche bei dem Mangel einer Vollmacht gerechtfertigt sind. Die Mängel können „in jeder Lage des Rechtsstreits", also bis zum Erlass des Endurtheils geltend gemacht werden. (Bem. I. 3 zu § 54.) Ja auch wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht kannte aber nicht geltend machte weil er vielleicht auf eine nachträgliche Berichtigung des Vollmachtspunkts rechnete, ist er berechtigt, den Einwand später, selbst in der Berufungs- oder Revisions-Instanz, nachzuholen. Nur wenn es sich lediglich um die Beglaubigung handelt, kann er wenn er auf diese verzichtet hat nicht mehr verlangen, dass eine solche erfolgt. (§ 76.) Wurde die Bemängelung der Vollmacht zurückgewiesen so stehen dem Gegner die gewöhnlichen Rechtsmittel zu, während bezüglich der Partei die Vorschriften der §§ 513 Z. 5 und 542 Z. 4 zur Anwendung kommen.

2) Die Geltendmachung der bezüglich der Prozessvollmacht bestehenden Mängel ist keine prozesshindernde Einrede im Sinn des § 247. Der Gegner der Partei, um deren Bevollmächtigten es sich handelt, braucht sich jedoch auf eine Verhandlung mit diesem, sofern er eine ordnungsmässige Vollmacht nicht vorlegt, nicht einzulassen ausser wenn derselbe vom Gericht (nach § 85) einstweilen zur Prozessführung zugelassen wird. Auch kann er wenn keine vorschriftsmässige Vollmacht beigebracht werden kann (ebenso wie im Fall des § 54) Versäumnissurtheil gegen den Gegner beantragen. Hienach ist falls der Bevollmächtigte des Klägers seine Vollmacht nicht nachweisen kann die Klage ohne Weiteres abzuweisen (§ 295), während wenn es sich um den Bevollmächtigten des Beklagten handelt, gemäss § 296 zu erkennen ist.[1]) Bezüglich des in dieser Beziehung einzuhaltenden Verfahrens, der zu bewilligenden Vertagungen etc. gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze wie in den Fällen, in denen es sich um die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters handelt.

[1]) In der J.-K. (K. 517) wurde von Gaupp die Ansicht vertreten, dass in diesen Fällen ein Urtheil nur gegen den falsus procurator ergehen könne. In seinem Kommentar (I S. 271) erkennt derselbe an, dass das Urtheil auf den Namen der Partei zu stellen sei.

Die Partei, für welche Jemand ohne Auftrag als Bevollmächtigter aufgetreten ist, kann jeden Augenblick in den Prozess eintreten bezw. einen anderen Bevollmächtigten aufstellen. Sie braucht aber dann die Handlungen, welche der von ihr verleugnete Bevollmächtigte vorgenommen hat, nicht anzuerkennen. Erleidet der Gegner dadurch Schaden so hat er sich diesen selbst zuzuschreiben, weil er sich auf die Verhandlung mit einer Person eingelassen hat, die keine Vollmacht hatte. Sind in der Sache bereits Urtheile ergangen so kann die Partei dieselben durch Berufung (§§ 472 ff.) und nöthigenfalls durch Revision (§§ 507 ff.) anfechten; ja sie kann wenn ein rechtskräftiges Urtheil vorliegt, Nichtigkeitsklage erheben. (§ 542 Z. 4.) Ertheilt die Partei nachträglich Vollmacht und genehmigt die vom Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen so hat der Gegner, der dadurch gegen jeden Angriff gesichert wird, kein Recht, diese Handlungen oder die auf Grund derselben ergangenen Entscheidungen anzufechten. (Bem. I. 4 zu § 54.)

3) Im **Anwaltsprozess** ist nur der Gegner berechtigt, den Mangel der Vollmacht zu rügen; das Gericht hat also nur wenn dies geschieht zu entscheiden, ob eine ordnungsmässige Vollmacht vorliegt, sich aber sonst um den Vollmachtspunkt nicht zu kümmern. (M. S. 434; K. S. 32, 33.) Sofern ein bei dem Prozessgericht zugelassener Rechtsanwalt vor Gericht für eine Partei aufgetreten ist, muss er demnach solange der Gegner nicht widerspricht in jeder Beziehung insbesondere hinsichtlich der Zustellungen als Prozessbevollmächtigter behandelt werden. [1]) Auch hat wenn derselbe in einer späteren Verhandlung ausbleibt der Gegner Anspruch auf ein Versäumnissurtheil. [2]) Auch im Anwaltsprozesse (d. h. im Verfahren vor den Landgerichten und höheren Gerichten) ist die Vollmacht des Anwalts nach der bestimmten Fassung des Gesetzes von Amtswegen zu prüfen sofern es sich um das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter oder um Prozesshandlungen handelt, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, für welche also (nach § 74) kein Anwaltszwang besteht. [3])

4) Im **Parteiprozess** ist das Gericht nicht bloss berechtigt sondern auch verpflichtet, die Prüfung der Vollmacht von Amtswegen vorzunehmen. Dass diese Verpflichtung auch dann Platz greift wenn sich eine Partei vor dem Amtsgerichte durch einen Rechtsanwalt vertreten lässt, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes wie nach den Gesetzgebungsverhandlungen (M. 414; K. 517) unzweifelhaft. (V. Bem. 3.) Auch hat das Gericht, dessen Befugnisse hier ebensoweit reichen wie die des Gegners, den Mangel der Vollmacht „in jeder Lage des Rechtsstreits" zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Anordnungen, die zu treffen sind wenn die Vollmacht nicht nachgewiesen werden kann, ist auf die Ausführungen zu § 54

[1]) Anders entschied die Kammer für Handelssachen des L.-G. Mülhausen. Jur. Zeitschr. für Els.-Lothr. J. VI S. 83 ff. V. jed. dagegen den Aufsatz des Verfassers ebendaselbst S. 178 ff.

[2]) V. würt. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 338.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 76; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 116; Seuffert S. 86; Puchelt Bd. I S. 312; von Sarwey I S. 163; Uebel Bd. I S. 93. Die entgegengesetzte Ansicht, die früher auch vom Verfasser getheilt wurde, vertritt Gaupp Bd. I S. 272.

zu verweisen. Ein Bevollmächtigter, der sich nicht zu legitimiren vermag, kann hienach auch wenn die Gegenpartei nicht erscheint ein Versäumnissurtheil gegen dieselbe nicht erlangen (§ 300 Z. 1). Auch ist wenn ungeachtet eingetretener Vertagung und der etwa erfolgten einstweiligen Zulassung zur Prozessführung der Vollmachtspunkt nicht geordnet wird, gegen die von ihm vertretene Partei Versäumnissurtheil zu erlassen falls der Gegner dies beantragt.

5) Abs. 1 des § 85 stimmt im Wesentlichen mit der Vorschrift des § 54 Abs. 2 überein, wesshalb auf die zu diesem § gemachten Bemerkungen verwiesen werden kann. Wer auf Grund des § 85 einstweilige Zulassung zur Prozessführung verlangt, hat nicht darzuthun, „dass mit dem Verzug Gefahr für die Partei verbunden ist.“ Er braucht auch nicht zu behaupten, dass er von der Partei bevollmächtigt sei, sondern kann als Geschäftsführer für dieselbe auftreten wenn er Grund zur Annahme hat, es werde ihm Vollmacht ertheilt oder wenigstens seine Geschäftsführung genehmigt werden. Die Befugniss zu einer solchen Geschäftsführung wurde absichtlich nicht auf solche Personen beschränkt, „welche eine vermuthete Vollmacht für sich haben“ und ebenso wenig „an die Bedingung der Bescheinigung des ertheilten Auftrags oder die wahrscheinliche Genehmigung durch Vorlegung eines Schreibens oder auf die Hauptsache bezüglicher Urkunden der Partei geknüpft.“ Vielmehr ist es dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, ob es Jemand einstweilen zur Prozessführung zulassen will. Dass nur solche Personen zur einstweiligen Prozessführung zugelassen werden können, welche überhaupt als Bevollmächtigte bestellt werden dürfen im Anwaltsprozess also nur Rechtsanwälte, versteht sich von selbst. (M. 435.)

6) In Beziehung auf das Verfahren, das eintritt wenn eine einstweilige Zulassung zur Prozessführung erfolgt, gilt im Allgemeinen, was bei § 54 (Bem. II. 2) bemerkt wurde. Wird die Zulassung nur unter der Bedingung bewilligt, dass vorher für Kosten und Schäden Sicherheit gestellt werde, so ist der Geschäftsführer bezw. Bevollmächtigte erst dann zur Prozessführung zuzulassen wenn er diese Bedingnng erfüllt hat und es kommen in dieser Beziehung die §§ 101 ff. zur Anwendung. Ob eine Sicherstellung des Gegners zu verlangen sei, hängt im Allgemeinen davon ab, ob die betr. Person vermöge ihrer Stellung (als Rechtsanwalt etc.) oder vermöge ihrer sonstigen Verhältnisse ohnedies die nöthige Sicherheit gewährt. Wird von einer solchen Sicherheitsleistung, für welche (nach § 105) eine besondere Frist zu bestimmen ist, abgesehen so ist dem Geschäftsführer eine Frist zu setzen, innerhalb deren die Vollmacht bezw. Genehmigung beizubringen ist. Kann innerhalb dieser Frist eine Vollmacht nicht beigebracht werden und erfolgt eine Verlängerung nicht so ist zu verfahren als ob die Partei nicht erschienen wäre. (§ 54 Bem. II. 2.) Wird dagegen eine vorschriftsmässige Vollmacht vorgelegt so ist die Partei für die Zukunft richtig vertreten und es muss wenn dieselbe nicht ausdrücklich widerspricht die bisherige Prozessführung als genehmigt gelten. Dass der Gegner wenn die Genehmigung erfolgt die vom Geschäftsführer bezw. Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen nicht wegen mangelnder Vollmacht bemängeln kann, gilt auch hier. (§ 54 Bem. I. 4.)

7) Bezüglich des Verhältnisses der Person, welche als Geschäftsführer

oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht auftritt zu den Parteien ist das bürgerliche Recht entscheidend. (M. S. 435; K. S. 38.) Dass die betr. Personen dem Gegner wie der Partei, für welche sie aufgetreten sind, für den durch ihr Verschulden entstandenen Schaden civilrechtlich haften, ist nicht zweifelhaft. Eine Verurtheilung derselben zum Schadenersatz kann aber, da das Gesetz keine besondere Vorschrift enthält, im Hauptprozess nicht erfolgen. Die Partei, für welche Jemand als Geschäftsführer oder Bevollmächtigter aufgetreten ist, muss übrigens nach § 85 die Prozessführung auch dann gegen sich gelten lassen wenn sie nur mündlich Vollmacht ertheilt oder die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Diese Vorschrift, welche in ihrem letzten Theile den Bestimmungen der §§ 513 Z. 5 und 542 Z. 4 entspricht, kommt nicht bloss dem Gegner zu gut, der sich durch den Nachweis der Bevollmächtigung oder Genehmigung gegen die von der Partei ausgehenden Angriffe auf das bisherige Verfahren schützen kann sondern auch dem Geschäftsführer oder Bevollmächtigten, der dadurch gegen etwaige Entschädigungsansprüche gedeckt wird. Durch die Vorschrift, dass eine mündliche Vollmacht genügt werden die entgegenstehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufgehoben. Dagegen wird das Recht des Gegners, eine schriftliche Vollmacht zu verlangen (§ 76) nicht berührt. Wann eine stillschweigende Genehmigung vorliegt, ist in den einzelnen Fällen unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden. Die ohne Vorbehalt erfolgte Bevollmächtigung ist in der Regel als Genehmigung der bisherigen Prozessführung aufzufassen. Auch in dem thatsächlichen Verhalten der Partei in späteren Prozessstadien z. B. darin, dass ein Rechtsmittel eingelegt aber die früher mangelnde Vertretung nicht geltend gemacht wurde, kann eine Genehmigung liegen.

§ 86.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozessfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

(E. § 84. M. 435. K. 33.)

1) Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§ 74) kann eine Partei wenn sie selbst vor Gericht erscheint eine prozessfähige Person als Beistand zuziehen. Insbesondere ist dieselbe hiezu im Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie bei Prozesshandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden, berechtigt. Nur der Partei ist aber das Recht eingeräumt, mit einem Beistand zu erscheinen; ein solcher darf nicht auftreten wenn sich diese durch einen Bevollmächtigten vertreten lässt. Die durch die Beiziehung eines Beistands entstandenen Kosten sind der Partei (nach § 71

Abs. 1) zu ersetzen wenn dieselbe „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war.“ Ist der Beistand ein Rechtsanwalt so kommt Abs. 2 dieses § zur Anwendung.

2) Der Beistand bedarf einer Vollmacht nicht; seine Legitimation besteht darin, dass die Partei ihn mitbringt und als ihren Beistand bezeichnet. Sollte sich die Partei entfernen so würde damit auch die Befugniss des Beistands als solchen aufhören; die Partei kann demselben aber durch einfache Erklärung in der Sitzung Vollmacht ertheilen. (Bem. 2 zu § 76.) Abs. 2 des §, durch welchen der Beistand bezüglich der von ihm abgegebenen Erklärungen im Allgemeinen dem Prozessbevollmächtigten gleichgestellt wird, entspricht der Vorschrift des § 81. Auch hinsichtlich der in § 143 vorgesehenen Massregeln steht derselbe übrigens dem Bevollmächtigten gleich.

Fünfter Titel.

Prozesskosten.[1])

(§§ 87—100.)

Vorbemerkungen.

1) Die C.-P.-O. beschränkt sich darauf, „die wechselseitigen Rechtsverhältnisse der Parteien in Betreff der Prozesskosten“ zu ordnen. Die Rechte der Staatskasse und der von den Parteien in Anspruch genommenen Beamten bezüglich der Sporteln und Gebühren sind durch das Gerichtskostengesetz vom 24. Juni 1878 (R.-G.-Bl. S. 141) und die Gebührenordnungen für Gerichtsvollzieher, für Zeugen und Sachverständige und für Rechtsanwälte vom 24. und 28. Juni 1878 und vom 7. Juli 1879 (R.-G.-Bl. von 1878 S. 166 und 173 und von 1879 S. 176) geregelt. Aber auch die Verpflichtung der Parteien zur Tragung der Prozesskosten ist in diesem Titel nicht in erschöpfender Weise geordnet. Vielmehr enthält die C.-P.-O. noch eine Menge von besonderen Bestimmungen bezüglich derselben. Solche kostenrechtliche Vorschriften sind gegeben: Für einen besonderen Fall der Streitverkündung (§ 72); für den Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 216); für den Fall des nachträglichen Vorbringens von Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismitteln (§§ 251 Abs. 2 und 256); für die Fälle der Zurücknahme von Klagen und Rechtsmitteln (§§ 243 Abs. 3

[1]) Bezüglich der Lehre von den Prozesskosten nach gem. Prozess sind zu vergleichen: Wetzel § 46 S. 410 ff.; Renaud §§ 228—231 S. 688 ff.; Weber: Ueber die Prozesskosten; Emmerich: Ueber die Prozesskosten; Dernburg: Abhandlungen II. S. 101 und ff.; Schmidt: Handbuch des Civilprozesses Bd. I S. 193 ff.; Gensler: Handbuch zu Martin's Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses I S. 184 ff.; bez. des preuss. Rechts: Koch: Civilprozess Tit. 23 S. 600 ff.; bez. des franz. Rechts: Schlink, franz. Civilprozess Bd. II §§ 397 ff. S. 583 ff.; Chauveau-Carré Bem. zu Art. 130—133 C. de pr. Bd. I S. 643 ff.

und 520); für den Fall der Versäumniss bezw. das Einspruchsverfahren (§ 309); bezüglich der Zeugen (§§ 344, 345 und 366); bez. der Sachverständigen (§§ 367, 374 und 378); für den Urkunden- und Wechselprozess (§ 563 Abs. 2); für das Verfahren in Ehe- und Entmündigungs-Sachen (§§ 591, 601, 614, 618, 622, 624, Abs. 4 und 626); für das Mahnverfahren (§§ 632 und 638); und für das Vollstreckungsverfahren (§§ 685 Abs. 2, 697, 708, 719, 760 Abs. 2, 771 Abs. 3, 773 und 792).

2) Hinsichtlich der Frage, auf welchem Rechtsgrund die Verpflichtung zum Tragen der Prozesskosten beruhe, geht die C.-P.-O. von dem Grundsatze aus, „dass das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozesskosten nach sich ziehe." [1]) In den Motiven wurde noch bemerkt: „Das Prinzip der Strafe als Rechtsgrund ist allgemein aufgegeben; die Begründung aus der allgemeinen Pflicht zum Ersatze widerrechtlich verursachten Schadens spricht unter den neueren Prozessordnungen nur Baden (Art. 169) aus. Vermieden ist die ungerechte Schonung des unterliegenden Theils auf Kosten des Siegers, zu welcher der preussische Prozess durch unzutreffende Anwendung der Bestimmungen über die Verschuldung gelangt war." (M. 435.)

3) Welche Partei die Kosten zu tragen hat bezw. wie dieselben zu vertheilen sind, hat das mit der Entscheidung in der Hauptsache befasste Gericht zu regeln und es geschieht dies im Endurtheil. Auch in einem Theilurtheil kann eine Entscheidung über die Prozesskosten erfolgen. Dagegen ist darüber im Zwischenurtheil in der Regel nicht zu entscheiden. [2]) Zu der Entscheidung über die Prozesskosten ist das Gericht auch dann verpflichtet wenn die Parteien eine solche gar nicht beantragt haben. (§ 279 Abs. 2.) Das erkennende Gericht hat regelmässig zu entscheiden, welchen Parteien ein Anspruch auf Ersatz der Kosten zusteht und wen die Verpflichtung zur Kostenerstattung trifft. Bei der Festsetzung der Kosten (§§ 98 ff.) ist im Einzelnen festzustellen, welche Beträge die Parteien auf Grund der ergangenen Entscheidungen zu fordern bezw. zu zahlen haben. [3])

[1]) Von älteren Schriftstellern, insbesondere von Hennemann und Emmerich (s. dessen Buch Bd. I S. 31 ff.) wurde meist die in neuerer Zeit noch von Dernburg (a. a. O.) vertheidigte Ansicht aufgestellt, die Verurtheilung zur Zahlung der Prozesskosten sei eine „Strafe" für „calumnia" oder „temeritas litigandi." Dem entgegen stellte Weber (a. a. O. S. 11 u. ff.) die Ansicht auf, die Verpflichtung zur Kostenerstattung sei nicht als eine Strafe für ungerechtes Prozessiren sondern als eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz aufzufassen. Von den neueren Schriftstellern tritt Wetzel (a. a. O. S. 411) der Auffassung von Weber entgegen und sagt: Die Verpflichtung zur Zahlung der Kosten sei an die Stelle der alten poena litigandi getreten und sei aus blossen Zweckmässigkeitsgründen angeordnet worden. Auch Renaud ist der Ansicht, die Verpflichtung habe keinen civilrechtlichen Grund sondern erscheine als Präventivmassregel zur Verminderung der Prozesse.

[2]) V. auch Schollmeyer. Der Zwischenstreit unter den Parteien S. 16 ff.

[3]) Das O.-L.-G. Dresden entschied am 2. Juni 1880 (Annalen I S. 548 ff.), dass die solidarische Haftung mehrerer Streitgenossen (§ 95) im Endurtheil zu erfolgen habe und im Festsetzungsverfahren nicht nachgeholt werden könne.

4) Ueber die Frage, ob und unter welchen Umständen eine Partei von der anderen einen Vorschuss zur Bestreitung der Prozesskosten verlangen kann, enthält die C.-P.-O. keine Bestimmung. Prozessualisch ist daher ein solches Begehren nicht zu begründen; vielmehr kann dasselbe nur auf Grund civilrechtlicher Vorschriften über die Verpflichtung zum Unterhalt gerechtfertigt werden. Ist nach den landesgesetzlichen Bestimmungen ein solches Begehren z. B. das Verlangen der Ehefrau auf Zahlung eines Vorschusses durch den Ehemann behufs Anstellung einer Ehescheidungsklage begründet so kommen diese Vorschriften auch jetzt noch zur Anwendung.

§ 87.

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten musste.

(E. § 85. M. 435. K. 33, 518, 660.)

I. Allgemeine Grundsätze.

1) In § 87 wird vorausgesetzt, dass eine von den Parteien bezüglich aller Streitpunkte unterlegen ist. Diese Verpflichtung zur Tragung der Prozesskosten, welche nach § 279 auch ohne Antrag im Urtheil festzustellen ist, trifft die unterliegende Partei einfach als Folge ihres Unterliegens; es wird hiebei nicht vorausgesetzt, dass ihr ein Verschulden zur Last falle. Es ist desshalb nicht gestattet, dass die Kosten weil sich die unterliegende Partei in einem entschuldbaren Irrthum befand oder wegen Zweifelhaftigkeit des geltenden Rechts kompensirt werden, wie es bisher in vielen Ländern gebräuchlich war. Immerhin wird vorausgesetzt, dass eine Klage nothwendig war. Desshalb fallen (nach § 89) die Kosten dem Kläger zur Last wenn der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und den klägerischen Anspruch sofort anerkennt.

2) Die Verpflichtung zur Tragung der Prozesskosten ist eine ganz allgemeine und erstreckt sich ebenso auf die Kosten, welche dem Unterliegenden selbst

erwachsen sind wie auf die Erstattung der Kosten des Gegners; auch macht es keinen Unterschied, „ob dieselben an das Gericht oder einen anderen Empfänger gezahlt wurden, also gerichtliche oder aussergerichtliche im Sinne des preussischen Prozesses sind.“ (M. 436.) Die Verpflichtung zur „Erstattung der dem Gegner erwachsenen Kosten setzt nicht voraus, dass dieser die Kosten bereits bezahlt hat. Vielmehr genügt es, dass derselbe zur Bezahlung verpflichtet ist.[1]) Zu den Prozesskosten gehören nur diejenigen Kosten, welche durch die Prozessführung selbst veranlasst wurden nicht auch andere Kosten, die durch die Geltendmachung oder Bestreitung eines Rechts dem Gegner erwuchsen, z. B. die Kosten eines von der Partei eingeforderten Rechtsgutachtens. Die Kosten der vorläufigen Einstellung des Zwangsvollstreckungsverfahrens sind von dem zur Tragung der Prozesskosten verurtheilten Beklagten mit zu erstatten.[2]) Dagegen sind die durch Leistung des Offenbarungseides veranlassten Kosten nicht zu den Prozesskosten zu rechnen.[3]) Für die Anfertigung der Klageschrift und der Abschriften derselben kann auch im amtsgerichtlichen Verfahren eine Entschädigung bewilligt werden.[4]) „Schadenansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegens im Prozesse sondern noch durch weitere Umstände begründet wird, liegen ausserhalb des Prozesskostenersatzes und sind in besonderen Prozessen zu verfolgen.“ (M. a. a. O.)

3) Die Verbindlichkeit zur Erstattung der Prozesskosten erstreckt sich nur auf diejenigen Kosten, „welche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren“ nicht auf solche Auslagen der Partei, welche muthwilliger Weise oder durch ungeeignete Prozessführung veranlasst wurden. Auch versteht sich diese im Gesetz ausgesprochene Beschränkung von selbst. Einer besonderen Hervorhebung derselben in dem Urtheile, in dem über die Kostenerstattung entschieden wird, bedarf es nicht. Es sind vielmehr auch wenn im Urtheil keine Beschränkung beigefügt ist bei der Kostenfestsetzung (§§ 98 ff) doch nur die nothwendigen Kosten zu berücksichtigen. Ob die Kosten nothwendig bezw. die Prozesshandlungen, durch welche sie veranlasst wurden, zweckentsprechend waren, ist vom Gericht im Allgemeinen nach freiem Ermessen zu entscheiden. Insbesondere bezieht sich dies auf die Fragen: ob die Kosten einer vom Beklagten geschehenen Streitverkündung zu ersetzen sind, ob für Streitgenossen genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen, ob die Partei Grund hatte, neben dem Prozessbevollmächtigten im Termin persönlich zu erscheinen, ob ein Beistand nothwendig war, ob die Kosten der Beweisaufnahme z. B. des Zeugenbeweises insgesammt nöthig waren, ob Kosten für Handlungen der Zwangsvollstreckung zweckmässig verwendet wurden u. s. w. (M. S. 436.) Die Bestellung mehrerer Rechtsanwälte durch Streit-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 80; Siebenhaar S. 143; Endemann I S. 391; von Sarwey I S. 182; Kleiner I S. 419 ff. A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 119 ff.; Wengler's Archiv. N. F. Bd. I S. 155.

[2]) So entschied das L.-G. Dresden. V. Wenglers Archiv. N. F. Bd. I S. 33.

[3]) V. O.-L.-G. Stuttgart 10. Dez. 1880, würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 354.

[4]) V. würt. Gerichtsblatt Bd. 17, S. 339.

genossen fällt nicht unter Abs. 2 sondern unter Abs. 1 des §. (Bem. III zu § 58.) Der Natur der Sache nach kann es bezüglich dieser Punkte nicht darauf ankommen ob die betr. Handlungen nach der bei Erlass des Endurtheils möglichen Beurtheilung zur Erreichung eines günstigen Urtheils nothwendig waren, sondern nur darauf ob dieselben zur Zeit, als sie vorgenommen wurden als zweckentsprechend erschienen und desshalb deren Vornahme gerechtfertigt war. Insbesondere ist dieser Gesichtspunkt bei den Fragen: ob eine Partei unnöthige Reisen machte, ob es nöthig war, dass sie neben ihrem Anwalt auftrat, ob eine übergrosse Anzahl von Zeugen oder solche Zeugen geladen wurden, die gar keine Kenntniss von der Sache hatten, im Auge zu behalten. Ein Ausfluss dieses Grundsatzes sind die Vorschriften der §§ 90, 91 und 92 sowie die Bestimmung des § 309, nach welcher die durch das Ausbleiben einer Partei veranlassten Kosten von derselben in der Regel auch dann zu tragen sind wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Verfügung erlassen wurde. Das freie Ermessen des Richters ist durch § 280 insofern beschränkt als die unterliegende Partei nicht angehalten werden kann, die Mehrkosten zu tragen, welche dadurch entstanden, dass eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt wurde während sie hätte durch die Post erfolgen können.

4) Die Frage ob gewisse Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nothwendig waren ist im Allgemeinen von demjenigen Gericht zu entscheiden, dem die Festsetzung der Kosten zusteht. (§§ 98 ff.) Auch das erkennende Gericht kann aber wenn es nach § 91 darüber entscheidet ob einer Partei die Kosten eines bestimmten Angriffs- oder Vertheidigungsmittels zur Last zu legen sind in die Lage kommen, zu prüfen ob das Verfahren der Partei ein zweckentsprechendes war. (Bem. zu § 91.) Ebenso kann dieser Punkt bei der Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention, der Streitverkündung etc. entscheidend sein. (Bem. zu § 56.)

II. Gebühren und Auslagen der Rechtsanwälte.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts, durch den sich die obsiegende Partei vertreten liess, müssen derselben vom unterliegenden Gegner regelmässig ersetzt werden und zwar sowohl im Parteiprozesse als im Anwaltsprozesse. (M. S. 436.) Insoweit ist also das richterliche Ermessen beschränkt und kann nicht etwa der Amtsrichter die durch die Vertretung entstandenen Mehrkosten absprechen, weil die Partei hätte selbst erscheinen oder sich durch einen Nichtanwalt vertreten lassen können. Diese Beschränkung greift jedoch nur dann Platz wenn sich die Partei während des ganzen Prozesses nur durch einen Rechtsanwalt vertreten liess und dieser am Orte des Prozessgerichts wohnt. Wurde ein auswärtiger Rechtsanwalt beigezogen so sind dessen Reisekosten nur dann zu erstatten wenn dessen Zuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nothwendig war. Handelt es sich um Vertretung vor einem Kollegialgerichte so hat die Gegenpartei Mehrkosten, welche durch Beiziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts entstanden, nie zu ersetzen. (§ 18 R.-A.-O.) Soweit das Verfahren vor einem Amtsgericht in Frage steht, werden die Mehrkosten vom Gegner in der Regel nicht zu tragen sein wenn ein Rechtsanwalt

am Sitz des Amtsgerichts wohnte, der zum Prozessbevollmächtigten bestellt werden konnte. [1]) Es kann jedoch nach dem oben Gesagten nur der Betrag der Kosten des Rechtsanwalts in Frage kommen, nicht die Frage ob die Beiziehung eines solchen überhaupt nothwendig war. [2]) Falls ein Wechsel in der Person des Anwalts stattfand, sind die dadurch entstandenen Mehrkosten nur dann zu ersetzen wenn dieser Wechsel vom Willen der Partei unabhängig war, oder sie gute Gründe zur Vornahme desselben hatte. Wurden mehrere Rechtsanwälte neben einander als Prozessbevollmächtigte bestellt (§ 80), so können die dadurch entstandenen Mehrkosten dem Gegner in der Regel nicht zur Last gelegt werden.

§ 88.

Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnissmässig zu theilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozesskosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnissmässig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlasst hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

(E. § 86. M. 436. K. 33.)

1) Durch die Vorschrift des § 88 Abs. 1 wird der in § 87 aufgestellte Grundsatz nicht beschränkt sondern auf die Fälle, in welchen beide Parteien als theilweise unterliegend anzusehen sind, folgerichtig angewandt. Nur wird, da eine genauere Ausscheidung der Kosten, welche durch das Unterliegen des einen oder des anderen Theils veranlasst wurden, nicht ausführbar ist, dem Gericht bezüglich der Art und Weise, in welcher die Kosten zu vertheilen sind, eine freiere Stellung eingeräumt. Wenn das Gericht die Kosten gegen einander aufhebt („kompensirt"), so hat jeder Theil die von ihm aufgewendeten oder noch aufzuwendenden Kosten ohne Ersatzanspruch selbst zu tragen. (M. a. a. O.) Auch die Aufhebung der beiderseits entstandenen Kosten ist als eine besondere Art der Kostenvertheilung zu betrachten und setzt ein wechselseitiges Unterliegen voraus.

[1]) V. hiezu L.-G. Hall 19. Mai und 16. Juli 1880 und L.-G. Zwickau 15. Juni 1880 (würt. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 341, Juristenzeitung Bd. IV. S. 436, 660 Bd., V S. 42, ferner Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 210 ff. und 675 ff.).

[2]) V. auch L.-G. Ulm 12. Juni 1880, würtemb. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 102, deutsche Juristenzeitung Bd. IV. S. 673.

2) Die verhältnissmässige Theilung der Prozesskosten unter die Parteien kann, da dem Gericht vollständig freie Hand gegeben ist, in verschiedener Weise geschehen. Das Gericht kann der einen Partei eine bestimmte Summe der Kosten auflegen und die andere Partei mit dem Reste belasten; es kann aber auch die Kosten nach bestimmten Antheilen vertheilen und zwar kann die letztere Theilung die gesammten Prozesskosten umfassen oder sich auf einen Theil derselben beschränken. (M. S. 436.)

3) Die Vorschrift des Abs. 1 lässt dem Ermessen des Gerichts zwar einen bestimmten Spielraum, ist aber im Allgemeinen zwingender Natur. In den zwei Fällen des Abs. 2 ist es ausnahmsweise gestattet, einer Partei alle Prozesskosten zur Last zu legen obgleich sie theilweise obgesiegt hat bezw. der Gegner mit seinem Begehren wegen Zuvielforderung theilweise abgewiesen wurde. Im ersten Falle, in welchem vorausgesetzt wird, dass die Zuvielforderung eine geringfügige ist, war massgebend, dass durch die Berücksichtigung derselben unverhältnissmässige Weiterungen entstehen würden. Die zweite Ausnahme hat in der Billigkeit ihren Grund „da es in Fällen der fraglichen Art kaum möglich ist, die Mehrforderung zu vermeiden.“ (M. 436.) Zur Anwendung der Vorschrift wird eine Verweigerung der Abrechnung nicht vorausgesetzt.[1]) In den Motiven wird lediglich davon gesprochen, dass im Fall der Zuvielforderung des Klägers dem Beklagten alle Kosten aufgebürdet werden können. Abs. 2 findet aber auch dann Anwendung, wenn die Zuvielforderung bei dem Widerkläger oder bei einem Hauptintervenienten vorkommt.

§ 89.

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

(E. § 87. M. 436. K. 33, 518 u. 519.)

1) Der § ist insbesondere für die in § 231 zugelassenen Feststellungsklagen praktisch. Derselbe wird aber auch in anderen Fällen häufig Anwendung finden namentlich wenn eine von dem Beklagten gar nicht bestrittene Forderung eingeklagt wird und der Klage eine besondere Mahnung nicht vorausging oder die Forderung erst nach Anstellung der Klage fällig wurde, bezw. eine Bedingung, von der ihre Existenz abhing, erst später eintrat.[2])

[1]) V. Gaupp I S. 290; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 124. A. M. sind Seuffert S. 94; von Sarwey I S. 171.

[2]) Ueber die Frage, ob, wenn eine eingeklagte Forderung erst während des Prozesses fällig wurde, die Klage abzuweisen oder der Beklagte zur Zahlung der Hauptsumme und der Kosten zu verurtheilen sei, bestand unter der Herrschaft des gemeinen Prozesses Streit; doch erkannten die meisten Gerichte, es genüge die Fälligkeit zur Zeit des Urtheils und habe der Beklagte alle Kosten zu tragen wenn er nach eingetretener Fälligkeit die Zahlung unterlassen habe. (V. Seuffert: Archiv Bd. 21 S. 281 u. 282, Bd. 25 S. 118, 265 u. 267, 26 Bd. S. 279 und die dort ange-

2) Damit § 89 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat. Hat derselbe ein dem Kläger zustehendes Recht verletzt oder ist er einer ihm obliegenden Verpflichtung ungeachtet gehöriger Aufforderung nicht nachgekommen, so kann er sich auf § 89 nicht berufen; die Anwendung desselben kann aber auch dadurch ausgeschlossen werden, dass der Beklagte das dem Kläger zustehende Recht (gerichtlich oder aussergerichtlich) bestritten oder sich eines von diesem bekämpften Anspruchs berühmt hat. Ob die eine oder die andere Voraussetzung zur Erhebung der Klage berechtigt, ist soweit nicht § 231 zur Anwendung gelangt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Zu Gunsten des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers ist § 89 anzuwenden wenn ein Dritter auf Grund des § 690 C.-P.-O. Widerspruch erhebt falls der Gläubiger das Recht des Intervenienten an den im Besitz des Schuldners befindlichen gepfändeten Gegenständen sofort anerkennt und vorher von den Ansprüchen des Intervenienten nicht in Kenntniss gesetzt war. [1])

3) Eine weitere Voraussetzung zur Anwendung des § besteht darin, dass der Beklagte den vom Kläger erhobenen Anspruch sofort anerkennt. Es ist also, damit der Kläger zur Zahlung der Kosten verurtheilt werden kann, erforderlich, dass der Beklagte erscheint und die nöthigen Erklärungen abgibt. Im Ehescheidungsverfahren findet § 89 keine Anwendung weil die Anerkennung nicht die Folge hat, dass dadurch die Klage erledigt wird (§ 577). [2]) Nach dem Entwurf sollte die Vorschrift des § auch dann Anwendung finden: „wenn der Beklagte ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnissurtheil gegen sich ergehen lässt." Durch diese Bestimmung wollte man den Beklagten, der sich auf § 89 berufen kann, der Nothwendigkeit entheben, vor Gericht zu erscheinen. Der betr. Satz wurde aber in der J.-K. gestrichen. (K. 33, 518 u. 519.) Die Anwendung der betr. Vorschrift ist desshalb wenn der Beklagte ein Versäumnissurtheil ergehen lässt ausgeschlossen. [3])

4) Ob der Beklagte den klägerischen Anspruch „sofort" anerkannt hat, ist eine Thatfrage, die unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden ist. In der Regel, d. h. wenn nicht der Beklagte erst bei der mündlichen Verhandlung vom wahren Sinn oder der Tragweite der Klage volle Kenntniss erhalten

führten weiteren Nachweisungen.) Nach § 231 kann der Gläubiger wenn er ein rechtliches Interesse nachweist schon vor Fälligkeit der Forderung Feststellung der Schuld, nicht aber Verurtheilung des Schuldners zur Zahlung der geschuldeten Summe verlangen und seinen Antrag wenn inzwischen die Forderung fällig geworden ist in der Art erweitern, dass er nun auch die Verurtheilung beantragt. In derartigen Fällen wird § 89 häufig anzuwenden sein. (Vgl. Bem. zu § 231; ferner Erk. des Reichsgerichts vom 30. April 1880 Entsch. Bd. I S. 425 ff.)

[1]) So auch Urtheil des Landgerichts Leipzig v. 15 Jan. 1880 (Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 228, deutsche Juristenzeitung Bd. IV. S. 389). V. ferner d. Juristenzeitung Bd. IV. S. 92, 110 und 150; jur. Wochenschrift J. 1881, S. 11 ff.

[2]) V. L.-G. Hall 12. Juli 1880, württemb. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 40.

[3]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 83; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 124; Seuffert S. 94; Puchelt Bd. I. S. 323; von Sarwey Bd. I S. 172.

hat, wird die Anwendung des § auch dann ausgeschlossen sein wenn der klägerische Anspruch in einem vorbereitenden Schriftsatz bestritten dann aber bei der mündlichen Verhandlung zugegeben wurde. In diesem Falle hat der Beklagte die mündliche Verhandlung nothwendig gemacht, während bei einer sofortigen Anerkennung vielleicht eine Zurücknahme der Klage erfolgt wäre. Dass dem Kläger sämmtliche Kosten nur dann zur Last gelegt werden können wenn der Beklagte den vom Kläger erhobenen und zur Anerkennung gelangten Anspruch bezw. die verschiedenen Ansprüche vollständig und unbedingt anerkennt, ergibt sich aus der Natur der Sache da bei einer nur theilweisen oder bedingten Anerkennung die Erhebung der Klage gerechtfertigt war. Doch ist wenn es sich um verschiedene Ansprüche handelt und ein Theil derselben sofort anerkannt wurde, § 89 zu Gunsten des Beklagten insofern zur Anwendung zu bringen als ein Theil der Kosten dem Kläger zur Last zu legen ist. (§ 88.) Gibt der Beklagte bloss die vom Kläger behaupteten Thatsachen zu, bestreitet aber die daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen, so liegt eine Anerkennung nicht vor. Ebensowenig ist eine solche vorhanden, wenn der Beklagte die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts überlässt.

§ 90.

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlasst, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

§ 91.

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

(E. §§ 88 u. 89. M. 436 u. 37. K. 33.)

1) Die §§ 90 und 91 regeln (ebenso wie § 92 Abs. 2) Fälle der sogen. Kostenseparation. Es liegt ihnen das Prinzip zu Grund: „dass auch die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muss, welche durch ihre Versäumniss oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerung der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen.“ (M. S. 436.) Wenn einer dieser Fälle vorliegt, so hat die obsiegende Partei bezüglich der durch ihr Verschulden erwachsenen Kosten nicht bloss keinen Anspruch auf Erstattung sondern soll auch dem Gegner die durch ihr Verschulden veranlassten Kosten

ersetzen. Durch das dem G.-K.-G. zu Grund gelegte System haben übrigens die beiden §§ den grössten Theil ihrer Bedeutung verloren. Als Ersatz für dieselben soll die Vorschrift des § 48 G.-K.-G. dienen. [1])

2) Die Vorschrift des § 90, welche ein „wirksames Mittel gegen die Verschleppung der Prozesse“ bilden soll, ist eine zwingende. Es hängt nicht vom Belieben des Gerichts ab, ob es der betr. Partei die etwa entstandenen Kosten zur Last legen will sondern es muss dies geschehen sobald die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Die Anwendung der Vorschrift setzt aber regelmässig ein Verschulden der betreffenden Partei voraus. Das Gesetz unterscheidet Verlegung eines Termins, Vertagung einer Verhandlung und Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung. Eine Verlegung findet statt wenn vor dem Verhandlungstermin ein neuer Termin festgesetzt wird, eine Vertagung wenn im Verhandlungstermin nach dem Aufruf der Sache ein anderer Termin bestimmt wird, in welchem die Sache neuerdings verhandelt werden soll. Zur Fortsetzung der Verhandlung wird Termin bestimmt wenn das im ersten Termin Verhandelte auch für den zweiten seine Bedeutung behalten soll. (V. auch § 206.) Die Unterscheidung ist von Bedeutung für die Anwendung des § 48 G.-K.-G.

3) Die Vorschrift des § 91 hat mit der des § 90 das gemein, dass Kosten, die vermieden werden konnten, der Partei welche sie veranlasste auch dann zur Last fallen sollen wenn dieselbe obsiegt. Da sich nur im einzelnen Fall bestimmen lässt, ob die Geltendmachung eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels gerechtfertigt war oder nicht, wurde hier den Gerichten lediglich die Befugniss eingeräumt, die Kosten eines erfolglosen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels der betr. Partei zur Last zu legen. Hiebei kommt es regelmässig darauf an, ob die Erfolglosigkeit bei einiger Sorgfalt vorauszusehen war und wird die Anwendung des § nur dann gerechtfertigt sein wenn das betr. Angriffs- oder Vertheidigungsmittel — auch die Beweismittel gehören hierher — vollkommen haltlos war und die Partei dies hätte erkennen müssen, oder gar die Absicht bestand, dem Gegner recht viele Kosten zu machen. [2]) Nach § 251 können übrigens auch wegen verspäteter Geltendmachung eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels einer Partei Kosten auferlegt werden. Dass die Verurtheilung durch das über die Kosten erkennende Gericht geschehen muss und nicht bei Gelegenheit der Festsetzung erfolgen kann, versteht sich von selbst. Die Entscheidung kann im Endurtheil oder in dem nach § 275 ergehenden Zwischenurtheil erfolgen. [3])

§ 92.

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

[1]) V. auch die Abh. des Verf. über die prozesshindernden Einreden in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess J. III S. 217 ff.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 84; von Sarwey I S. 174 ff.

[3]) Von Struckmann-Koch III. S. Aufl. 84; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 125; Puchelt I S. 326; Endemann I S. 400. A. M. ist von Bülow § 87 Bem. 7 S. 57.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschliesslich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder Staatskasse zu tragen, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.

(E. § 90. M. 436 u. 437. K. 33, 660 u. 661, ferner Prot. zum G.-V.-G. S. 360 ff. und 618 ff.)

1) Bezüglich der Rechtsmittel müssen im Allgemeinen dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der Klage zur Anwendung kommen. Desshalb wendet § 92 Abs. 1 den in § 87 aufgestellten Grundsatz auf die Fälle an, in welchen über ein Rechtsmittel entschieden wurde. Auf den Einspruch, der nach der C.-P.-O. nicht zu den Rechtsmitteln gerechnet wird, findet dieser Grundsatz keine Anwendung; es ist vielmehr § 309 massgebend. Die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens, welche ebenfalls nicht zu den Rechtsmitteln gehört, steht unter der Herrschaft des § 87. Falls eine Partei zufolge des von ihr eingelegten Rechtsmittels obsiegt, hat der Gegner nach dem in § 87 aufgestellten Grundsatz die Kosten zu tragen. Wird in der Rechtsmittelinstanz nicht definitiv entschieden, z. B. ein bedingtes Urtheil erlassen so ist über die Kosten erst im Endurtheil zu entscheiden.[1]) Eine Folge des aufgestellten Grundsatzes besteht darin, dass auch in den Rechtsmittelinstanzen § 88 zur Anwendung zu kommen hat wenn eine Partei nur theilweise obsiegt theilweise aber unterliegt. Neben diesen Vorschriften behalten die §§ 90 u. 91, welche sich auf das ganze Verfahren erstrecken, ihre Geltung. Dass die Kostenentscheidung eines angefochtenen Urtheils zusammenfällt wenn das eingelegte Rechtsmittel Erfolg hat und dann über die Gesammtkosten nach Massgabe des Unterliegens zu erkennen ist, glaubte man nicht ausdrücklich aussprechen zu müssen. (M. 437.)

2) Die Vorschrift des § 92 Abs. 2 beruht auf demselben Gedanken wie die Bestimmungen der §§ 90, 91 und 251 Abs. 2 und setzt zu ihrer Anwendung ein Verschulden voraus, über dessen Vorhandensein das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden hat. Wenn auch (nach § 491) in der Berufungsinstanz

[1]) V. Fortenbach im würtemb. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 344 ff.

neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorgebracht werden dürfen so hat doch die Partei, welche es unterliess, solche Mittel mittels deren sie später obsiegt in erster Instanz geltend zu machen, dadurch das gegen sie ergehende ungünstige Urtheil und folgeweise auch die Berufung und die durch dieselbe erwachsenen Kosten veranlasst. Wurde das Vorbringen unterlassen obgleich die Partei von den betr. Thatsachen Kenntniss hatte oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erlangen können, so kann § 92 Abs. 2 der in noch höherem Grade als die Vorschrift des § 251 Abs. 2 gerechtfertigt ist, Anwendung finden. Diese ist aber auch unter der Voraussetzung eines Verschuldens immer nur in die Befugniss des Gerichts gestellt und erscheint nur dann als gerechtfertigt wenn die in der ersten Instanz erfolgte ungünstige Entscheidung lediglich dadurch veranlasst wurde, dass die Partei von dem fraglichen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel keinen Gebrauch machte. Ist die Annahme begründet, dass der erste Richter (wegen einer anderen Rechtsauffassung etc.) unter allen Umständen gegen die Partei entschieden haben würde, so wird die Anwendung des § 92 Abs. 2 ausgeschlossen sein. Dass ein neues Vorbringen im Sinne des § dann nicht vorliegt wenn der Sieg in der Berufungsinstanz lediglich durch neue Rechtsausführungen veranlasst wurde, versteht sich von selbst. Ueberhaupt greift § 92 Abs. 2 nicht Platz wenn der betr. Umstand vom ersten Richter von Amtswegen zu berücksichtigen war. [1]) Bei einer Zurückverweisung in die erste Instanz (§ 500, 501) wird abgesehen vom Falle des § 88 die Entscheidung über den Kostenpunkt von der Entscheidung über die Hauptsache abhängig zu machen sein. [2]) Auf die Revisionsinstanz wurde der hier aufgestellte Grundsatz nicht zur Anwendung gebracht weil der Revisionsrichter die thatsächliche Würdigung des Berufungsrichters als richtig anzunehmen hat, also durch Vorbringen neuer Thatsachen bezw. neuer Beweismittel auch ein obsiegendes Urtheil nicht erlangt werden kann. (§§ 511—513.)

3) Während nach Abs. 1 des § für die Kosten der Revisionsinstanz im Allgemeinen der in § 87 aufgestellte Grundsatz gilt, enthält der durch die J.-K. beigefügte Abs. 3 eine besondere Vorschrift, die in den Bestimmungen des § 70 G.-V.-G. und des § 509 Z. 2 der C.-P.-O. ihre Erklärung findet. Da die Vorschriften des § 70 G.-V.-G. Abs. 2 und 3 im Wesentlichen in einer Rücksicht auf fiskalische (jedenfalls nicht privatrechtliche) Interessen ihren Grund haben, machte schon bei der Berathung dieses Gesetzes (K. 618 ff.) Bähr die Bemerkung: „es werde Sache der Redaktionskommission sein zu erwägen und eventuell der Kommission zur Beschlussfassung zu unterbreiten, ob es nicht hinsichtlich der durch Erhebung derartiger Klagen verursachten grösseren Kosten in § 92 eines entsprechenden Zusatzes bedürfe" und es wurde demgemäss beschlossen. Dieser Anregung folgend fügte dann die Redaktionskommission weil durch die ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes erfolgte Verweisung der betr. Sachen vor das Landgericht (nach § 509) die Möglichkeit bestehe, dieselben stets

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 85; Bolgiano S. 176.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 85; Puchelt I S. 328; Gaupp I S. 295.

in die Revisionsinstanz zu bringen dem § den Abs. 3 bei und dieser wurde von der J.-K. ungeachtet erhobenen Widerspruchs aufrecht erhalten. Es handelt sich um eine Ausnahmebestimmung im strengsten Sinne des Worts, durch welche lediglich verhindert werden soll, dass einer Partei die Kosten einer nur im staatlichen Interesse geschaffenen Instanz zur Last gelegt werden und die desshalb auch nur dann Anwendung findet wenn der Vertreter des Reichs oder des Staats die Revision eingelegt hat.

§ 93.

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

(E. § 91. M. 437. K. 33.)

Der § enthält „die schon in der preussischen A.-G.-O. (I. 23 § 21) ausgedrückte Interpretationsregel, dass die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs, wenn nicht die Parteien etwas Anderes verabredet haben, als gegeneinander aufgehoben anzusehen sind und wendet den Satz auf die Kosten durch Vergleich erledigter Prozesse an, insoweit über diese Kosten nicht bereits rechtskräftig entschieden worden ist.“ (M. S. 437.) Diese Auslegungsregel bedarf einer Erläuterung nicht; nur ist darauf hinzuweisen, dass § 93 auch dann Anwendung findet wenn zufolge eines Vergleichs die Klage zurückgenommen wird also der Kläger in diesem Falle nicht, wie es sonst nach § 243 der Fall ist, alle Kosten zu tragen hat.

§ 94.

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

(E. § 92. M. 437. K. 33 u. 519.)

Die Vorschrift des § beruht nach den Motiven (437) auf der Erfahrung, dass es misslich sei, die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von der über die Hauptsache zu trennen und soll verhüten, dass Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, doch in einem Urtheile für sachlich unrichtig erklärt werden. Als selbstverständlich wurde es bezeichnet: „dass bei Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache mit dieser auch die Kostenentscheidung der Nachprüfung des höheren Gerichts anheimfällt“ und weiter bemerkt: „Unzweifelhaft folgt aus der allgemeinen Fassung des §, dass sobald von einer Partei in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist es der anderen

Partei freisteht, sich jenem Rechtsmittel nach Massgabe der §§ 482 und 518 lediglich wegen des Kostenpunktes anzuschliessen, ohne dass es ihrerseits einer Anschliessung in der Hauptsache bedarf." Schliesst sich der Gegner nicht an, so kann nach §§ 498 und 522 auch im Kostenpunkt eine Abänderung zu dessen Gunsten nicht erfolgen. In allen Fällen, in denen die Entscheidung in der Hauptsache, sei es wegen Mangels der Revisionssumme sei es weil die betr. Partei bezüglich der Sache selbst obgesiegt hat, unanfechtbar ist oder die Haupstache durch Zahlung oder Vergleich erledigt wurde, ist die Entscheidung im Kostenpunkt, die nach den §§ 90, 91 u. 92 Abs. 2 auch die in der Hauptsache obsiegende Partei treffen kann, jeder Anfechtung entzogen. [1]) Die Vorschrift des § kommt auch bezüglich der Beschwerde zur Anwendung. [2])

§ 95.

Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopftheilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Massstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlassten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

(E. § 93. M. 437. K. 33, 520 u. 661.)

1) Durch § 95 wird die Haftung der Streitgenossen (§§ 56 ff.) für die Prozesskosten geregelt. Derselbe findet jedoch keine Anwendung auf die Kosten, die ein Streitgenosse im Zwangsvollstreckungsverfahren veranlasst hat; vielmehr sind in in dieser Beziehung die §§ 690 u. 697 massgebend. (M. S. 438.) Auch ist § 95 nur anwendbar wenn es sich um wirkliche Streitgenossen handelt. Wenn eine Partei, wie es bei Gesellschaften etc. insbesondere bei der offenen Handels-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 86; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 127. A. M. ist Kleiner Bd. I S. 435.

[2]) So entschied auch das Reichsgericht am 21. Jan. 1881 jur. Zeitschrift für Elsass-Lothringen J. VI. S. 97, 98.

gesellschaft der Fall ist, aus mehreren physischen Personen besteht, die rechtlich als eine Person behandelt werden, so findet § 95 keine Anwendung. Hier ist von einer Vertheilung der Kosten (sei es nach Kopftheilen, sei es nach Verhältniss der Betheiligung) überhaupt keine Rede. Vielmehr hat die Gesellschaft als solche die Kosten zu tragen. (M. a. a. O.)

2) Ob die Streitgenossenschaft Folge einer ursprünglichen Klagenhäufung ist oder darin ihren Grund hat, dass das Gericht (nach § 138) die Verbindung mehrerer Prozesse anordnete, kann im Allgemeinen einen Unterschied nicht bewirken, da auch durch diese Verbindung eine Klagenhäufung bewirkt und als Streitgenossenschaft nach dem System der C.-P.-O. lediglich das prozessualische Verhältniss bezeichnet wird, das durch die subjektive Klagenhäufung entsteht. (V. die Bem. zu § 56 und zu § 138.) [1]) In beiden Fällen kann jedoch § 95 nur dann Anwendung finden wenn ein und derselbe Anspruch von mehreren Streitgenossen oder gegen solche geltend gemacht wird und ist diese Anordnung (ungeachtet der in den Motiven enthaltenen Ausführungen) ausgeschlossen wenn es sich um mehrere selbstständige Ansprüche handelt, die nach verschiedenen Gesichtspunkten zu entscheiden sind. Dafür spricht sowohl der Wortlaut des §, da nur in den Fällen der ersteren Art die Streitgenossen „einen unterliegenden Theil" bilden, als der Grund des Gesetzes. Nur wenn mehrere bei einem und demselben Anspruch betheiligte Personen unterliegen, kann der Natur der Sache nach die Frage aufgeworfen werden, ob die Kosten unter sie nach Kopftheilen oder nach dem Mass ihrer Betheiligung zu vertheilen sind. Die Motive, bei deren Abfassung wahrscheinlich nur der Fall der sogen. ächten Streitgenossenschaft vorschwebte, können gegenüber dem klaren Sinn des Gesetzes nicht massgebend sein. (V. auch Bem. 3.)

3) Durch § 95 soll nur die Frage geregelt werden, in welchem Verhältniss mehrere bezüglich eines Anspruchs unterliegende Streitgenossen dem Gegner gegenüber für die Kosten haften. Derselbe findet daher keine Anwendung wenn die Streitgenossen obsiegen und es sich nur darum handelt, welche Rechte den einzelnen Personen bezüglich der vom Gegner bezahlten Kosten zustehen. Ebensowenig entscheidet der § die Frage, in welchem Verhältniss sich die Streitgenossen unter einander in die Kosten zu theilen haben und steht derselbe offenbar der Geltendmachung eines nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zustehenden Ersatzanspruchs eines Streitgenossen (z. B. eines Solidarschuldners oder Bürgen) nicht entgegen. Im Gesetz wie in den Motiven ist nur von der Haftung für die Kostenerstattung die Rede. Eine Verpflichtung der Streitgenossen, für einen uneintreiblichen Kopftheil wiederum nach Kopftheilen zu haften, ist im Gesetz nicht begründet. [2]) Dass die Streitgenossen hinsichtlich der Kostenerstattung nach Kopftheilen haften, wurde in den Motiven (438) damit gerechtfertigt, dass die verschiedene Betheiligung nicht immer eine aliquote sei und die

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 86; Hellmann I S. 330. A. M. sind: Seuffert S. 99; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 128; Gaupp I S. 299.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 87; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 128. A. M. ist Endemann Bd. I S. 404.

Ermittelung der individuellen Betheiligung der Streitgenossen die Entscheidung des Prozesses verzögere und in denselben oft unnöthiger Weise einen Streit hinein trage, der schwieriger sein könne als der Hauptstreit. Ob eine erhebliche Verschiedenheit der Betheiligung vorliegt und sonach die Betheiligung der einzelnen Streitgenossen als Massstab genommen werden kann, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die erhebliche Verschiedenheit der Betheiligung kann sich übrigens ebensowohl auf die Prozessführung wie auf den Streitgegenstand beziehen. [1])

4) Da die einzelnen Streitgenossen bezüglich der anzuwendenden Mittel in der Regel unabhängig sind (§ 58) ordnet Abs. 3 des § an, dass die Geltendmachung besonderer Angriffs- oder Vertheidigungsmittel eines einzelnen Streitgenossen von diesem auf seine eigene Gefahr unternommen wird und sich der obsiegende Gegner wegen der hiedurch entstandenen Kosten nicht an die übrigen Streitgenossen halten kann. Es findet also auch hier eine Kostenseparation (§ 91) statt und es kommt dabei nicht darauf an, ob die Geltendmachung an sich durch die Umstände gerechtfertigt war. Die fragliche Vorschrift hat denselben Grund wie die §§ 87 und 92 Abs. 1. Nicht weil der Streitgenosse ein an sich ungeeignetes Mittel anwandte, haftet er für die dadurch entstandenen Kosten sondern weil er allein von diesem Mittel auf eigene Gefahr Gebrauch machte.

5) Nach Abs. 4 des § wird die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften durch dessen Vorschriften nicht berührt. Es kann also die obsiegende Partei, der die verschiedenen Streitgenossen sammtverbindlich haften, diesen Anspruch ungeachtet der Vorschrift des § geltend machen und es sind in einem solchen Fall die unterliegenden Streitgenossen (nach dem Satze „accessorium sequitur principale“) auch zur Zahlung der Prozesskosten sammtverbindlich zu verurtheilen. In den Motiven (438) wurde in dieser Beziehung gesagt: „Die Motive zum pr. E. entscheiden sich für die regelmässige Solidarhaft der Streitgenossen, weil sie deren kontraktähnlichem Verhältniss entspreche, sich häufig nicht ausschliessen lasse, vermögende Streitgenossen abhalten müsse, sich unbegründeten Prozessen anzuschliessen und weil dem auf das Ganze in Anspruch genommenen Streitgenossen der Regress in der Regel leichter sein werde als dem Gegner die getheilte Verfolgung seiner Rechte gegen die mehreren Streitgenossen. Soweit jene Gründe die Solidarhaft rechtfertigen, enkennt § 95 Abs. 4 dieselben an. In weiterer Zulassung verstösst sie gegen die Gerechtigkeit.“ Diese Ausführungen lassen erkennen, dass die Absicht dahin ging, zwar im Allgemeinen eine solidarische Haftbarkeit der Streitgenossen für die Prozesskosten nicht einzuführen, aber wo civilrechtlich eine Sammtverbindlichkeit besteht dieselbe auch prozessualisch zur Geltung zu bringen. In der J.-K. wurde von Direktor von Amsberg erklärt: „durch die betr. Bestimmung sollten nicht prozessuale Vorschriften, sondern nur Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufrecht erhalten werden.“ Es muss um so mehr angenommen werden, dass überall wo die solidarische

1) V. von Sarwey I S. 178; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 87; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 128. A. M. ist Siebenhaar S. 149, 150.

Haftbarkeit in der Hauptsache begründet ist dieselbe sich auch auf die Verpflichtung zur Tragung der Prozesskosten erstreckt, da in den Motiven auch auf § 424 I. 5 A.-L.-R. Bezug genommen wurde und die Vorschrift bei anderer Auslegung gar keine Bedeutung haben würde. [1]) Das Verhältniss der einzelnen Streitgenossen untereinander bleibt auch hier unberührt. Die Verurtheilung nach § 95 Abs. 4 muss im Endurtheil erfolgen und kann im Festsetzungsverfahren nicht nachgeholt werden. [2]) (Bem. 3.)

§ 96.

Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind die Vorschriften des § 95 massgebend.

(E. § 94. M. 438. K. 34.)

1) Bezüglich der durch die Nebenintervention entstandenen Prozesskosten verweist das Gesetz im Allgemeinen auf die Vorschriften der §§ 87—93; der zugelassene Nebenintervenient wird wie eine Hauptpartei behandelt und kann vom unterliegenden Gegner Kostenersatz verlangen. Ebenso hat er diesem die durch die Intervention entstandenen Kosten zu ersetzen wenn derselbe obsiegt. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Intervention überhaupt gerechtfertigt, bezw. zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nothwendig war. Um dies klarzustellen, wurde von Bähr in der J.-K. der Antrag gestellt: „Der Nebenintervenient hat im Falle des Obsiegens der von ihm unterstützten Partei nur insofern Anspruch auf Ersatz seiner Kosten als durch seine Handlungen Kosten der Hauptpartei, deren Ersatz diese beanspruchen konnte, erspart worden sind.“ Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt nachdem ein Regierungskommissär „die fragliche Bestimmung für entbehrlich erklärt hatte, weil eine entsprechende Regelung des Kostenpunktes sich nach § 96 von selbst ergeben würde.“ (K. 34.) Dass für den Nebenintervenienten soweit seine Stellung nach § 66 zu beurtheilen ist § 95 für anwendbar erklärt wurde, erklärt sich von selbst.

2) Auch über die Kosten, welche durch die Intervention entstanden, ist (nach § 279 Abs. 2) von Amtswegen zu erkennen. Es muss sich das Gericht über dieselben „im Endurtheil auslassen, um dem Gegner in dieser Beziehung

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 87; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 128; Puchelt Bd. I S. 333. A. M. sind: Siebenhaar S. 150; Seuffert S. 99; Endemann I S. 405; Hellmann I S. 33b; von Sarwey I S. 178; Gaupp I S. 301; Kleiner I S. 438.

[2]) V. O.-L.-G. Dresden 2. Juni 1880, Annalen I S. 548 ff. In diesem Beschluss wurde auch unter Berufung auf die Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. 24 S. 88 ff. entschieden, dass Art. 81 der Wechselordnung die Anwendung des § 95 Abs. 4 nicht rechtfertige.

einen Titel zur Zwangsvollstreckung zu geben.“ (M. S. 438.) Wurde die Intervention von einer der Hauptparteien bestritten, so sind der bezüglich dieses Zwischenstreits unterliegenden Partei die dadurch entstandenen Kosten zur Last zu legen.

3) Eine Vorschrift, nach welcher auch die unterliegende Hauptpartei dem Gegner für die durch die Intervention entstandenen Kosten haften solle, wurde nicht in den Entwurf aufgenommen weil eine solche Bestimmung nicht zu rechtfertigen sei. (M. a. a. O.) Soweit es sich um derartige Kosten handelt kann sich hienach die obsiegende Partei lediglich an den Intervenienten halten. Ebenso kann der Intervenient von der Partei, welcher er beigetreten ist, nach prozessualen Grundsätzen einen Ersatz der ihm erwachsenen Kosten nicht verlangen, da er zur Wahrung seiner eigenen Interessen und auf eigene Gefahr in den Prozess eintrat. Wenn civilrechtliche Grundsätze eine Ersatzpflicht begründen z. B. wenn die Hauptpartei die Intervention durch ihre Streitverkündung veranlasste oder der Intervenient in anderer Weise darthun kann, dass die Intervention lediglich im Interesse der Hauptpartei erfolgte, kann allerdings Ersatz der Kosten verlangt werden. Es ist aber darüber nicht bei Gelegenheit des Hauptprozesses sondern in einem besonderen Prozesse zu entscheiden. (M. S. 438.) Wenn derjenige, dem der Streit verkündet wurde, in den Prozess eintritt findet § 96 auf ihn Anwendung.

§ 97.

Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte, sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozessgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlasst haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Betheiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

(E. § — M. — K. 34, 35, 520 u. 661—663.)

1) Die in dem § enthaltene Vorschrift wurde von der J.-K. in die C.-P.-O. aufgenommen und zwar geschah dies auf Antrag von Bähr, der geltend machte: „es zieme der Justiz, einen Fehler, der innerhalb der Justiz gemacht worden, auf möglichst kurzem und raschem Wege wieder gut zu machen.“ Die Anwendung auf „die Richter, welche dem Prozessgerichte dienstlich unterworfen sind“, wurde abgelehnt. (K. 34, 35, 520, 661—663.) Nach dem pr. A.-G. zum G.-V.-G. (§ 82) sind die Bestimmungen, nach welchen Gerichtsbeamte zum Ersatze von Schäden und Kosten im Aufsichtswege angehalten werden können, aufgehoben.

2) Damit die in Frage stehende Verurtheilung zur Zahlung von Prozess-

kosten stattfinden kann wird vorausgesetzt, dass diese Kosten durch ein grobes Verschulden einer der im Gesetze aufgezählten Personen veranlasst wurden. Soweit es sich um einen Beamten handelt ist nicht erforderlich, dass die Verletzung einer Dienstpflicht vorliegt; andererseits genügt aber auch der Nachweis einer solchen Verletzung nicht immer, da dieselbe nicht auf einem groben Verschulden zu beruhen braucht. Ob ein solches Verschulden vorliegt, ist nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Zuerkennung von Schadenersatz kann auf Grund des § 97 nicht erfolgen.

3) Das Gericht kann von der durch § 97 eingeräumten Befugniss von Amtswegen Gebrauch machen, ist jedoch auch dann nicht verpflichtet dies zu thun wenn die Verurtheilung von den Parteien beantragt wird. Es kann vielmehr mit Rücksicht auf die besonderen Umstände insbesondere auf die Unerheblichkeit des Schadens von der Anwendung des § abgesehen werden obgleich die Voraussetzungen desselben vorliegen. Die Verurtheilung kann nicht bloss zu Gunsten des Vollmachtgebers sondern auch zu Gunsten des Gegners desselben erfolgen. Sie wirkt auch auf das Verhältniss unter den Parteien insofern ein als bei Anwendung des § die Kosten der betr. Prozesshandlung dem Gegner nicht zur Last gelegt werden dürfen.

4) Die auf Grund des § erfolgende Verurtheilung kann nach dem Gesetz durch das Prozessgericht erfolgen; es ist jedoch hierunter nicht das Gericht erster Instanz zu verstehen, das nach § 98 die einer Partei zu erstattenden Kosten festzusetzen hat und nach § 34 für Klagen der Prozessbevollmächtigten etc. wegen ihrer Gebühren und Auslagen zuständig ist. Vielmehr ist lediglich dasjenige Gericht, vor welchem die in Frage stehenden Kosten veranlasst wurden, gegebenen Falles also das über die Rechtsmittel erkennende Gericht berechtigt, auf Grund dieser Vorschrift einer Person, die nicht Partei ist, Kosten zur Last zu legen. Das Gericht erster Instanz ist wenn es unterlassen wurde, im Lauf des Prozesses von der durch § 97 eingeräumten Befugniss Gebrauch zu machen, nicht berechtigt, diese Versäumniss im Festsetzungsbeschluss nachzuholen. Dagegen kann eine Verurtheilung durch das Berufungsgericht auch wegen der in der ersten Instanz begangenen Fehler erfolgen wenn dasselbe durch das von einer Partei eingelegte Rechtsmittel mit der Entscheidung über den ganzen Rechtsstreit (einschliesslich der Kostenfrage) befasst wurde. Dieses Gericht kann nachholen, was der erste Richter hätte thun können und sollen. Wegen Einlegung eines Rechtsmittels werden den Prozessbevollmächtigten aber keine Kosten zur Last gelegt werden können weil sich nicht leicht feststellen lässt, ob die Partei diese nicht wollte. In keinem Falle können dem Prozessbevollmächtigten der ersten Instanz die Kosten der Berufungsinstanz zur Last gelegt werden weil er zu dieser Auftrag gab, denn der Rechtsanwalt der Berufungsinstanz konnte diese zurücknehmen. [1])

5) Die Vorschrift, nach welcher der Betheiligte zu hören ist, macht keine Schwierigkeit, wenn derselbe bei der Verhandlung (als Gerichtsschreiber, Prozessbevollmächtigter etc.) anwesend ist. Es genügt in diesem Fall, dass derselbe zu

[1]) V. auch R.-G. 27. April 1881, d. Juristenzeitung Bd. V S. 571.

einer Erklärung über die betr. Thatsache aufgefordert und diese beurkundet wird. Ist die betr. Person bei der Verhandlung nicht zugegen, so muss dieselbe zu einer Erklärung aufgefordert werden. Da eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist, kann die Aufforderung wie die Erklärung aber auch schriftlich erfolgen, ist sonach eine Beiladung nicht erforderlich. Nur wenn eine mündliche Verhandlung bezüglich der Frage stattfinden soll muss die Person, um deren Verurtheilung es sich handelt, zu derselben geladen werden.

6) Daraus, dass nach der Verurtheilung sofortige Beschwerde (§ 510) stattfindet, ergibt sich, dass die Verurtheilung vom Prozessgerichte selbst auch im Fall der Beschwerde nicht zurückgenommen werden kann. Die Beschwerde steht übrigens bloss dem auf Grund des § zur Kostentragung Verurtheilten, nicht auch der Partei zu, welche die Verurtheilung ohne Erfolg beantragt hat. Diese hat kein Recht auf eine Entscheidung. [1])

§ 98.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gericht erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

§ 99.

Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, dass derselbe glaubhaft gemacht ist.

Gegen den Festsetzungsbeschluss findet sofortige Beschwerde statt.

§ 100.

Sind die Prozesskosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 89; Gaupp Bd. I S. 305.

des Festsetzungsgesuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts der letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

(E. §§ 95—97. M. 438 u. 439. K. 35.)

1) Nach den Vorschriften der C.-P.-O. ist im Endurtheil zwar über die Verpflichtung zur Kostentragung von Amtswegen zu erkennen (§ 279) und es kann wenn dies unterlassen wurde (nach § 292) eine Ergänzung des Urtheils beantragt werden. Dagegen erfolgt die Festsetzung der Kosten in einem besonderen Verfahren. Nur in diesem Verfahren, nicht auf dem Weg der Klage oder durch Benützung des Mahnverfahrens, kann die Kostenfestsetzung bewirkt werden. Damit das Festsetzungsverfahren eine sichere Grundlage habe, schreibt § 98 vor, dass der Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden könne. Es wird also vorausgesetzt, dass entweder ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Endurtheil (§§ 644 ff.) oder ein Vollstreckungsurtheil (§ 660) oder ein gerichtlicher Vergleich oder eine andere vollstreckbare Urkunde (§§ 702 und 706) vorliegt.[1]) In der Regel wird die Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung erforderlich sein. Wenn aber aus den Gerichtsakten schon erhellt, dass das über die Kosten entscheidende Urtheil einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel bildet, z. B. wenn es sich um ein Urtheil des Revisionsgerichts oder ein der Revision nicht unterworfenes Urtheil des Berufungsgerichts oder ein vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil handelt, kann die Festsetzung der Kosten erfolgen obgleich eine Ausfertigung nicht vorliegt.[2]) Bezüglich der Kosten der Zwangsvollstreckung und des Mahnverfahrens ist ein besonderes Festsetzungsverfahren nach den Vorschriften der §§ 697 und 632 nicht erforderlich.[3])

2) Die Festsetzung der Kosten ist in allgemeiner Weise dem Gerichte erster Instanz übertragen, das sonach die Höhe der im ganzen Prozess einschliesslich der Rechtsmittel-Instanzen erwachsenen Kosten und den Betrag, der eine Partei

[1]) V. auch Beschlüsse des O.-L.-G. München vom 18. Dez. 1879 und des O.-L.-G. Bamberg vom 20. März 1880, Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III, S. 143 ff. und 182 ff; f. O.-L.-G. Dresden 12. Mai 1880 d. Juristenztg. Bd. V S. 169, Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 1. A. M. ist Seuffert S. 102. Dessen Ansicht wird gebilligt von Frank in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess J. III S. 434 ff. und vom O.-L.-G. Celle in zwei von Frank mitgetheilten Entscheidungen.

[2]) V. auch juristische Wochenschrift J. 1881 S. 19 ff.

[3]) V. O.-L.-G. Colmar 3. Nov. 1880 jur. Zeitschr. für E.-L. J. VI. S. 72.

nach Massgabe der ergangenen Entscheidungen trifft, ausschliesslich festzustellen hat. Wurde über einen Theil der Kosten, sei es dass ein Theilurtheil (§ 273) erging sei es dass von den §§ 90, 91 oder 97 Gebrauch gemacht wurde, in einem besonderen Urtheile entschieden oder in einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheil über die Kosten erkannt, so kann die Festsetzung dieser Kosten hienach schon vor Beendigung des Hauptprozesses beantragt werden sofern nur die Voraussetzung des § 98 Abs. 1 erfüllt ist.

3) Die Vorschriften der §§ 98—100 beziehen sich nur auf das Verhältniss der Parteien untereinander („den Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten"), nicht auf die Feststellung der Kostenforderung, welche dem Prozessbevollmächtigten gegen die eigene Partei zusteht. Diese kann nur im Wege der Klage (§ 34) oder des Mahnverfahrens erfolgen. (G.-O. für Rechtsanwälte § 86.[1])

4) Das Gesuch um Festsetzung der Kosten kann entweder schriftlich eingereicht oder bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Es besteht also (nach § 74 Abs. 2) bezüglich dieses Verfahrens kein Anwaltszwang. Dem Gesuche ist eine Kostenberechnung beizugeben, welche die einzelnen Ansätze deutlich erkennen lassen muss; ebenso sind die zur Rechtfertigung dieser Ansätze dienenden Belege und eine Abschrift der Kostenberechnung für den Gegner beizufügen dem sie zur Ausübung des Beschwerderechts und, da unter Umständen der Festsetzungsbeschluss erst nach mündlicher Verhandlung ergeht, zur Vorbereitung derselben nothwendig ist. (M. 439.) Soweit es sich bei den einzelnen Ansätzen darum handelt, ob die betr. Handlungen wirklich vorgenommen wurden genügt es, dass dieselben glaubhaft gemacht werden. Ausser der Richtigkeit der einzelnen Ansätze ist aber (nach § 87) auch zu prüfen, „ob die betr. Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren" und sind diejenigen Ansätze, bezüglich deren die Frage der Nothwendigkeit verneint wird, dem Gegner nicht zur Last zu setzen. Das freie Ermessen des Gerichts bei Beurtheilung dieser Frage ist übrigens mehrfach beschränkt. Sofern es sich um die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts handelt, ist auch im Parteiprozess nicht die Frage zu prüfen, ob die Vertretung durch einen Anwalt nothwendig oder zweckentsprechend war. (Bem. II. zu § 87.) Auch kann eine Partei wenn die Zustellung durch die Post erfolgen konnte nicht angehalten werden, die Mehrkosten zu tragen, welche die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher veranlasste. (§ 180.)

5) Die Festsetzung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung ja ohne dass der Gegner gehört wird erfolgen. Auch wenn der Gegner gehört werden soll ist eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich. Vielmehr kann derselbe auch zu einer schriftlichen Erklärung aufgefordert werden. (M. 438.) Uebrigens kann, da in diesem Verfahren nur der Betrag der nach dem Urtheil zu erstattenden Kosten festzusetzen ist, in demselben nicht die Frage diskutirt werden ob die Kosten überhaupt noch geschuldet werden oder ob die Kostenforderung durch Zahlung, Kompensation etc. getilgt ist. Derartige Ein-

[1]) V. auch O.-L.-G. Dresden 19. Jan. 1880. Annalen dieses Gerichts Bd. I. S. 344 ff.

wendungen sind wenn es zur Zwangsvollstreckung kommt nach § 686 geltend zu machen.

6) Bezüglich der Verkündung bezw. Zustellung des Festsetzungsbeschlusses sind die Vorschriften des § 294 massgebend. Hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, so ist der Beschluss zu verkünden. Einer besonderen Zustellung desselben durch die Parteien bedarf es nach § 283 nicht, um das Verfahren fortzusetzen bezw. die Vollstreckung durchzuführen. Die Nothfrist für die sofortige Beschwerde fängt aber erst von Zustellung des Beschlusses zu laufen an. Ist die Festsetzung lediglich auf Grund der Kostenberechnung erfolgt so muss der Beschluss den Parteien (nach § 294 Abs. 3) von Amtswegen zugestellt werden da eine Verkündung desselben nicht stattgefunden hat. Die Zustellung hat wenn der Rechtsstreit zur Zeit der Festsetzung der Kosten noch anhängig ist, gemäss § 162 an den Prozessbevollmächtigten zu geschehen. [1]) Aus dem Festsetzungsbeschluss kann (nach § 702 Nr. 3) die Zwangsvollstreckung nachgesucht werden, jedoch bedarf es hiezu nach § 662 einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung. Diese Klausel kann vor Ablauf der Beschwerdefrist ertheilt werden, da die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. (§ 535.) Da sofortige Beschwerde stattfindet, ist das Gericht zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.

7) Falls die Prozesskosten nach Quoten vertheilt sind, kann die Festsetzung der auf die verschiedenen Parteien entfallenden Beträge nur dann in genauer Weise erfolgen wenn alle Parteien ihre Kostenberechnungen zu zu gleicher Zeit vorlegen. Die Partei welche das Festsetzungsverfahren betreibt hat desshalb den Gegner ehe sie ihr Gesuch anbringt aufzufordern, innerhalb einer einwöchigen Frist auch seine Kostenberechnung einzureichen. Geschieht dies nicht, so werden die Kosten der liquidirenden Partei ohne Rücksicht auf die des Gegners festgesetzt und können dann im Wege des Vollstreckungsverfahrens beigetrieben werden. Dem Gegner steht zwar das Recht zu, seinen Anspruch auf Kostenerstattung nachträglich gleichfalls geltend zu machen; er hat aber dann die Kosten zu tragen, welche durch seine Versäumniss entstanden sind. Die Vollstreckung des ersten Festsetzungsbeschlusses wird an sich durch die nachträgliche Liquidation der Kosten des Gegners nicht gehemmt. Es erwirbt aber die nachträglich liquidirende Partei durch den zweiten Beschluss eine Gegenforderung und kann auf Grund derselben verlangen, dass kompensirt wird und diesen Einwand nöthigenfalls gerichtlich geltend machen. (§ 686.) [2]) Sollte die Partei, welche auf Grund des § 100 den Gegner zur Einreichung der

[1]) V. O.-L.-G. Bamberg 20. März 1880 in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess J. III S. 182 ff.

[2]) V. n. Pr. S. 2190; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 91; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 133; Gaupp Bd. I S. 310. Seuffert sagt (S. 103, 104), durch die Nachliquidation höre die Vollstreckbarkeit des ersten Beschlusses nicht auf, sondern sie cessire erst wenn derselbe durch einen späteren Beschluss beseitigt werde. Formell wird aber der erste Festsetzungsbeschluss durch den zweiten sowenig beseitigt als ein zur Zahlung einer bestimmten Summe verurtheilendes Erkenntniss durch ein späteres Urtheil, das eine Gegenforderung zuspricht.

Kostenberechnung aufgefordert hat selbst mit Anbringung des Gesuchs säumig sein so kann die Vorschrift des § auch gegen diese zur Anwendung gebracht werden da die in § 100 festgesetzte Frist nach § 198 Abs. 2 auch gegen sie läuft.

Sechster Titel.

Sicherheitsleistung.

(§§ 101—105.)

§ 101.

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zulässt, durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

(E. § 98. M. 439. K. 37 ff.)

1) Durch § 101 wird in allgemeiner Weise die Art geregelt, in welcher eine prozessualische Sicherheit zu bestellen ist. Derselbe bezieht sich also nicht bloss auf die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten, von welcher die folgenden §§ handeln sondern auf alle Sicherheiten, welche auf Grund der C.-P.-O. zu bestellen sind. Ausser der Sicherheit für die Prozesskosten stehen Sicherheitsleistungen in Frage: bei der einstweiligen Zulassung zur Prozessführung (§ 85), bei der Zwangsvollstreckung (§§ 647, 650, 652, 654, 668, 690, 775), sowie bei dem Arrest und den einstweiligen Verfügungen (§§ 801, 803, 807 und 818). Wo es sich um eine „prozessualische Sicherheit" handelt ist die Frage, durch welche Mittel die Sicherstellung zu bewirken ist, lediglich nach § 101 zu beurtheilen und es sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts insoweit aufgehoben. Auf Sicherheitsleistungen, welche nicht in prozessualischen Vorschriften ihren Grund haben erstreckt sich dagegen die Vorschrift des § auch dann nicht wenn dieselben im Lauf eines Prozesses gefordert werden.

2) Die prozessualische Sicherheit kann soweit das Gesetz nicht dem Ermessen des Gerichts einen freieren Spielraum lässt (v. §§ 801, 805, 807), oder die Parteien etwas Anderes vereinbaren nur durch Hinterlegung von baarem Geld oder von Werthpapieren bestellt werden. In welcher Weise insbesondere bei welcher Behörde die Hinterlegung zu geschehen hat, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurtheilen. Unter Werthpapieren sind nicht bloss solche Papiere zu verstehen, die (im Sinne des Art. 376 H.-G.-B.) einen Marktwerth oder Börsenkurs haben. (M. 439.) Auch sind Papiere, welche auf den

Namen lauten nicht ausgeschlossen. (V. § 723.) Es wird jedoch immer vorausgesetzt, dass das betr. Papier nicht bloss als Beweismittel in Betracht kommt, sondern einen selbständigen Vermögenswerth hat. [1]) Als baares Geld im Sinne des § 101 sind alle diejenigen Zahlungsmittel anzusehen, welche als „Geld" hinterlegt werden können. Nimmt die Hinterlegungskasse nicht bloss Währungsgeld sondern auch andere Zahlungsmittel an unter der Verpflichtung, den hinterlegten Betrag in baarem Geld herauszuzahlen, so ist der Vorschrift des § 101 Genüge geschehen wenn eine Hinterlegung in kassenmässigen Zahlungsmitteln stattgefunden hat. [2]) Das Gericht hat sich hienach auf die Bestimmung zu beschränken ob die Sicherheit in baarem Gelde oder in bestimmten Werthpapieren zu leisten ist. Es kann aber nicht verfügen, dass auch ausländisches Geld hinterlegt werden darf, wenn solches von der Hinterlegungskasse nicht als Geld angenommen wird. [3]) Dass eine Verstärkung der Sicherheit verlangt werden kann, wenn die hinterlegten Papiere durch Sinken des Kurses etc. an Werth verlieren, ergibt sich aus der Natur der Sache. Bezüglich der Prozesskosten-Kaution ist diese Frage in § 104 Abs. 3 ausdrücklich geregelt.

3) Im Gesetz ist nicht gesagt, dass die Hinterlegung ein Pfandrecht begründet. Es hat hienach die Hinterlegung ein richterliches Pfandrecht nicht zur Folge. Die Erklärung des Hinterlegenden kann aber nur den Sinn haben, dass dadurch ein Pfand bestellt werden soll. Desshalb ist regelmässig anzunehmen, dass durch die Hinterlegung ein Faustpfand bestellt wird. Ob dieses wirksam ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. (Bem. II. 3 zu §§ 708 ff.) [4]) Die Einziehung der Sicherheit zum Zweck der Befriedigung des Gegners kann nur auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. (§§ 716 Abs. 2 und 722.) [5])

§ 102.

Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozesskosten Sicherheit zu leisten.

1) Hinsichtlich des Begriffs „Werthpapiere" sind zu vergleichen: Hahn H.-G.-B. Bd. II S. 4; Endemann, Handelsrecht §§ 81 ff. S. 382 ff. und § 78; Anschütz-Völderndorff H.-G.B. Bd. III S. 12; Koch, Geld- und Werthpapiere in Busch's Zeitschr. für d. Civilprozess J. III S. 363 ff. insbes. S. 380—383.

2) V. Koch in Busch's Zeitschr. J. III S. 363 ff. insbes. S. 372.

3) A. M. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 93; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 134; Endemann I S. 413; Gaupp I S. 312.

4) V. Seuffert S. 104 und 736 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 135, 136; Fitting Lehrbuch S. 405; von Sarwey II S. 179; Gaupp I S. 312. A. M. sind: Hellmann I S. 345 ff. und Bolgiano S. 193, nach welchen ein Faustpfandrecht nicht begründet wird. Eine Art richterliches Pfandrecht nehmen an: Struckmann und Koch III. Aufl. S. 92. V. jedoch deren Ausführungen zu § 709 S. 655.

5) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 92; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 135; Gaupp I S. 321.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1. wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;
2. im Urkunden- oder Wechselprozesse;
3. bei Widerklagen;
4. bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;
5. bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.

§ 103.

Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

(E. §§ 99 u. 100. M. 439 u. 440. K. 38.)

1) Die §§ 102—105 regeln die Sicherheit für die Prozesskosten, welche der Beklagte verlangen kann wenn ihm ein Ausländer als Kläger gegenüber steht. Das Recht, eine solche Sicherstellung zu verlangen steht jedem Beklagten selbst dem Ausländer zu (M. 439). Auch kann nicht bloss dieser und wenn mehrere Beklagte vorhanden sind jeder Streitgenosse (§§ 56 ff.) sondern auch der dem Beklagten beigetretene Nebenintervenient die Sicherheitsleistung verlangen. Ja wenn der Beklagte bezüglich der ihm erwachsenden Kosten auf den Anspruch verzichtet kann der Nebenintervenient dessenungeachtet wegen seiner eigenen Kosten, welche ihm vom unterliegenden Kläger ersetzt werden müssen, Sicherstellung beanspruchen. [1]) Bezüglich der Geltendmachung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung, der eine prozesshindernde Einrede begründet, sind die in § 247, 465 und 490 massgebend.

2) Nur vom Ausländer d. h. vom Nichtdeutschen kann Sicherheit für die Prozesskosten verlangt werden von ihm aber auch dann wenn er im Inland wohnt und daselbst Liegenschaften besitzt. [2]) Ob Jemand Ausländer ist, ergibt

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 137. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 94; Siebenhaar S. 155; von Sarwey Bd. I S. 186; Kleiner I S. 450; Gaupp I. S. 314.

[2]) A. M. Siebenhaar S. 157.

sich aus der Reichsverfassung (Art. 3 Abs. 1) und aus dem Reichsgesetze über Erwerb und Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870. (§§ 1—12.) In den Gebieten des rheinischen Rechts ist derjenige Ausländer der die Genehmigung des Staatsoberhaupts erhalten hat, sich im Inland aufzuhalten (Art. 13 C. c.), von der Sicherheitsleistung befreit, da er in Beziehung auf alle privatrechtlichen Verhältnisse als Inländer behandelt wird. [1]) Nur wenn der Kläger Ausländer, nicht wenn derselbe lediglich Rechtsnachfolger eines solchen ist, findet § 102 Anwendung. Es sind hienach die ausländischen Erben eines inländischen Klägers zur Sicherheitsleistung verpflichtet, während der vorher begründete Anspruch erlischt wenn ein ausländischer Kläger von Inländern beerbt wird und diese den Prozess übernehmen.

3) Als Kläger im Sinne der §§ 102 ff. ist auch der Hauptintervenient anzusehen. Aber auch der ausländische Nebenintervenient des Klägers muss (selbst wenn dieser Inländer ist) dem Beklagten wegen der Kosten, die demselben durch die Intervention erwachsen können, auf Verlangen Sicherheit stellen. Es ergibt sich dies aus der Natur der Sache, da der Nebenintervenient dem obsiegenden Beklagten für die betr. Kosten haftet. (Bem. 1 zu § 96). Auch wurde es in den Motiven (439) hervorgehoben. [2]) Sind mehrere Streitgenossen als Kläger aufgetreten so sind nur diejenigen zur Sicherstellung verpflichtet, welche Ausländer sind. Der Schuldner, gegen den Arrest verfügt wurde und der hiegegen Widerspruch erhebt, ist nicht als Kläger anzusehen. [3]) Ebenso kann die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung dem verklagten Ausländer, der Berufung eingelegt hat, nicht entgegengesetzt werden. [4])

4) Von der in § 102 Abs. 1 enthaltenen Regel werden in Abs. 2 fünf Ausnahmen aufgestellt, denen sich (nach § 107 Z. 2) eine weitere zugesellt, die in der Bewilligung des Armenrechts an den Kläger ihren Grund hat.

a. In Z. 1 wird für den Fall der Gegenseitigkeit die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung beseitigt; es genügt hiezu dass in dem betr. Staat der Inländer keine Sicherheit zu stellen hat und wird nicht erfordert, dass in demselben die den Kostenpunkt betr. Entscheidung des inländischen Prozessgerichts voraussichtlich auch zur Vollstreckung gelangt. (M. 440.)

b. Dass im Urkunden- und Wechselprozess sowie bei den unter Z. 5 fallenden Klagen der Kläger von der Sicherheitsleistung befreit ist, wurde in den Motiven (a. a. O.) durch die beschleunigte Form des für diese Prozesse vorgeschriebenen besonderen Verfahrens (§§ 555 ff. u. § 706 Abs. 2) gerechtfertigt.

[1]) Dies war in Frankreich hisher allgemein anerkannt. V. Sirey-Gilbert zu Art. 16 C. c. Nr. 12 und die dort angeführten Schriftsteller, insbesondere Fölix Nr. 108. Der Grundsatz fand auch Anerkennung in Baden (Freydorff zu § 178 Z. 1).

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 93; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 136; von Sarwey I S. 186; Gaupp I S. 314. A. M. sind: Hellmann I S. 350; Endemann I S. 415.

[3]) V. O.-L.-G. München 10. Juni 1880, Busch's Zeitschr. J. III. S. 168 ff.

[4]) V. O.-L.G. Jena 10. Juni 1880 Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 28 (N.-F. Bd. 8) S. 105.

Steht der Kläger (gemäss § 559) vom Urkundenprozess ab führt aber den Prozess im ordentlichen Verfahren fort, so ist er hienach verpflichtet wegen der Kosten Sicherheit zu stellen. Statt von „Forderungen“ wird in Z. 5 von „Ansprüchen“ gesprochen, um jeden Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf dingliche Ansprüche auszuschliessen.“ (M. 410.)

c. Die Ausnahme der Widerklagen (Z. 3) und der in Folge einer öffentlichen Aufforderung (§ 823) angestellten Klagen hat ihren Grund darin: dass diese Klagen durch einen vorausgegangenen Angriff des Beklagten veranlasst sind. (M. 346.)

5) In der Regel muss die Sicherheit für die Prozesskosten (nach § 247) vor der Verhandlung zur Hauptsache verlangt werden; es kann aber dieses Verlangen auch in einem späteren Stadium erfolgen wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreits die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher er von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt, was in den Fällen der Z. 1 u. 2 sowie bei der Befreiung durch das Armenrecht geschehen kann. Sofern der Anspruch auf Sicherheitsleistung erst im Laufe des Prozesses entstanden ist, muss derselbe vor weiterer Einlassung auf die Hauptsache geltend gemacht werden. (§ 247 Abs. 2.) Ist ein zur Deckung der Prozesskosten ausreichender Theil des klägerischen Anspruchs unbestritten, so dass der Beklagte falls er im Uebrigen obsiegt durch Zurückhaltung des geschuldeten Betrags oder der an den Kläger herauszugebenden Sache für die ihm zu erstattenden Prozesskosten Befriedigung erlangen kann so fällt auch hier der Anspruch auf Sicherheitsleistung weg. Ob der Beklagte für seine Kosten gedeckt ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Steht dem Kläger eine liquide Forderung gegen den Beklagten zu, so wird er sofern der Betrag derselben ausreicht in der Regel von der Sicherheitsleistung befreit sein. Die Befreiung tritt aber nicht ein wenn diese Forderung durch eine gleichfalls liquide Gegenforderung aufgehoben ist.

§ 104.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozesskosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, dass die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

(E. § 101. M. 440. K. 38.)

1) Die Höhe der zu leistenden Sicherheit ist in der Weise zu bestimmen, dass der Beklagte für diejenigen Kosten Sicherheit erhält, die er wahrscheinlich aufzuwenden hat. Von einer unbedingten Beschränkung auf die Kosten der ersten Instanz wurde abgesehen weil dieselbe nicht praktisch sei und für die höheren Instanzen eine regelmässige Wiederholung der Verhandlung über die Sicherheitsbestellung nach sich ziehe. (M. 440.) Das Gericht hat hienach bei Festsetzung der vom Beklagten voraussichtlich aufzuwendenden Kosten darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Sache möglicher Weise in höhere Instanzen gelangt. Auch ist es in solchen Fällen, in denen sich der Gebrauch von Rechtsmitteln mit Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt geboten, die dadurch entstehenden Kosten in Anschlag zu bringen. In der Regel wird es aber nicht gerechtfertigt sein, von der Annahme auszugehen, dass das in erster Instanz ergehende Urtheil durch Berufung werde angefochten werden, da diese Anfechtung immerhin die Ausnahme bildet. Dass der Beklagte seinen Antrag auf eine bestimmte Summe richtet, ist nicht erforderlich.

2) Erweist sich die geleistete Sicherheit nicht als hinreichend so kann der Beklagte jederzeit Erhöhung verlangen und zwar kommt es hiebei nicht darauf an, aus welchem Grunde die Sicherheitsleistung ungenügend ist. Wird zur Sicherung des Beweises, der in dem in Frage stehenden Prozesse geführt werden soll, ein besonderes Verfahren nothwendig (§§ 447 ff.) so sind die Kosten dieses Verfahrens, gleichviel ob der Beweis vom Kläger oder vom Beklagten geführt werden soll, auch zu berüchsichtigen da dieselben zu den allgemeinen Prozesskosten zu rechnen sind. Die Erhöhung ist von demjenigen Gerichte zu verlangen, vor dem der Prozess gerade anhängig ist also wenn Rechtsmittel eingelegt worden sind von dem Gerichte, das durch dieselben mit der Entscheidung des Prozesses befasst wurde. Ist der Beklagte dadurch, dass ein Theil des klägerischen Anspruchs unbestritten ist ganz oder theilweise für die Prozesskosten gedeckt so ist darauf bei der Entscheidung Rücksicht zu nehmen. (Bem. 5 zu §§ 102 u. 103.)

§ 105.

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

(E. § 102. M. 440. K. 38, 520 ff. u. 593.)

1) Die im § vorgesehene Frist, die als richterliche nicht bloss durch Vereinbarung der Parteien sondern auf Antrag auch durch den Richter abgekürzt und verlängert werden kann (§ 202), hat nicht den Charakter der Nothfrist. Es gibt sonach wenn die Sicherheitsleistung versäumt wurde hiegegen keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 211). Dagegen kann, da die

Folgen der Versäumung nur auf Antrag des Beklagten eintreten, noch nachträglich Sicherheit gestellt werden bis die mündliche Verhandlung über diesen Antrag geschlossen ist.

2) Solange die vom Gericht gesetzte Frist läuft und die Sicherheit nicht geleistet wurde, findet eine Verhandlung in der Hauptsache nicht statt. Dagegen können die Parteien, wenn die Sicherheit früher gestellt wird, schon vor Ablauf der Frist beantragen, dass ein Termin zur Verhandlung festgesetzt werde. Ist die Frist abgelaufen und eine Verlängerung nicht erfolgt so ist auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen zu erklären. (§ 243.) Gegen das ergehende Urtheil stehen dem Kläger die gewöhnlichen Rechtsmittel zu und er kann wenn er bei der Verhandlung nicht erschienen war oder nicht verhandelt hat (§ 298) auch gegen das ergehende Versäumnissurtheil Einspruch erheben. (§ 303 u. ff.) Thatsächlich wird allerdings durch das ergangene Urtheil regelmässig festgestellt sein, dass die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet war. Wenn aber bei der zufolge des Einspruchs oder der Berufung stattfindenden Verhandlung angenommen wird, dass erhebliche Gründe für die Verlängerung der Frist vorlagen (§ 202 Abs. 2), kann diese Verlängerung auch nachträglich noch bewilligt und auf diese Weise dem Kläger Gelegenheit zur Nachholung der Sicherheitsleistung gegeben werden.

3) Wurde in einer höheren Instanz angeordnet, dass der Kläger (auf Grund des § 103 oder des § 104 Abs. 2) Sicherheit zu leisten oder die geleistete Sicherheit zu verstärken habe und dieser Anordnung bis zur Entscheidung nicht genügt, so ist wenn das Rechtsmittel vom Kläger eingelegt wurde, dasselbe auf Antrag des Beklagten zu verwerfen. Es wird hienach das angefochtene Urtheil soweit es sich auf die Hauptklage erstreckt dem Kläger gegenüber rechtskräftig und ihm die weitere Verfolgung des eingeklagten Anspruchs abgeschnitten. Zugleich verliert dadurch nach (§§ 483 u. 518) die Anschliessung des Beklagten, wenn sie nicht innerhalb der Berufungs- bezw. Revisionsfrist erfolgte ihre Wirkung, was von dem Beklagten bei Stellung seines Antrags zu beachten ist. [1]) Wurde das Rechtsmittel vom Beklagten eingelegt so ist falls sich der Kläger demselben angeschlossen hat (§§ 482 ff.) die Anschliessung auf Grund des § 105 zu verwerfen wie es hätte geschehen müssen wenn das Rechtsmittel selbständig eingelegt worden wäre. [2])

4) Mit Rücksicht auf die schweren Folgen, welche die Verwerfung des von ihm eingelegten Rechtsmittels für den Kläger nach sich zieht, wurde in der J.-K. beantragt, gegen das betr. Urtheil „sofortige Beschwerde“ oder Einspruch zuzulassen. Diese Anträge wurden aber weil man mit dem System des Entwurfs nicht brechen wollte abgelehnt. (K. 530 ff. und 593 ff.) Das Urtheil, das wegen Unterlassung der Sicherheitsleistung das eingelegte Rechtsmittel verwirft kann hienach nicht in beson-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 96; Wilmowski-Levy II. Aufl. S 139; Puchelt I S. 351; Seuffert S. 108; von Sarwey I S. 191; Gaupp I S. 320. A. M. ist Kleiner I S. 459.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 96; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 139; Kleiner I S. 459; Puchelt I S. 351; Seuffert S. 108; von Sarwey I S. 191; Gaupp I S. 320. A. M. ist Siebenhaar S. 158.

derer Weise angefochten werden sondern es hat bei den allgemeinen Vorschriften sein Bewenden. Dagegen besteht kein Grund zur Annahme, dass auch die gewöhnlichen Rechtsmittel nicht anwendbar seien oder auch dann wenn der Kläger nicht erschien, von ihm Einspruch gegen das ergangene Versäumnissurtheil nicht erhoben werden könne. Mit dem Rechtsmittel der Revision wird in der Regel nichts auszurichten sein da die Entscheidung darüber ob die Sicherheit geleistet wurde oder erhebliche Gründe zu einer Fristverlängerung vorliegen thatsächlicher Natur ist. Dagegen ist es möglich, dass dem bei der ersten Verhandlung nicht erschienenen Kläger auf Grund des erhobenen Einspruchs vom Berufungsgericht eine Fristverlängerung bewilligt und dadurch Gelegenheit zur nachträglichen Sicherheitsleistung gegeben wird. (Bem. 2.)

Siebenter Titel.

Armenrecht. [1])

(§§ 106—118.)

§ 106.

Wer ausser Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

(E. § 103. M. 440. K. 39 u. 523.)

I. Voraussetzungen bezüglich des Vermögens.

1) Ob die Partei ausser Stand ist, die Prozesskosten zu bestreiten ohne dass dadurch der für sie und ihre Familie nothwendige Unterhalt beeinträchtigt wird, hat das Gericht im einzelnen Falle zu entscheiden. Es ist in dieser Beziehung das nach § 109 Abs. 2 vorzulegende obrigkeitliche Zeugniss nicht unbe-

[1]) Bezüglich der Grundsätze, welche im gemeinen Prozess hinsichtlich des Armenrechts gelten und die Entstehung desselben sind zu vergleichen: Wetzel: Civilprozess § 30 S. 207; Renaud: § 232 S. 706 und ff.; Linde in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess Bd. I S. 57 ff.; Albrecht über den Armeneid (Zeitschr. für Civilr. u. Pr. Bd. XI. S. 89 ff.); Fuchs: Ueber die geschichtl. Entwicklung des Armenrechts. (Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. V. S. 104 ff.)

dingt massgebend. [1]) Vielmehr kann obgleich ein solches vorliegt die Bewilligung des Armenrechts abgelehnt werden.[2]) Die eidliche Versicherung des Unvermögens (der sogen. Armeneid) kann von der Partei nicht verlangt werden, ist aber auch wenn sie freiwillig angeboten wird nicht zuzulassen. Ob die Partei durch die Bestreitung der Prozesskosten genöthigt ist, sich einzuschränken kommt nicht in Betracht. Es hat dieselbe keinen Anspruch auf eine „standesgemässe" Lebensweise. Vielmehr sollen nur die zum Unterhalt nothwendigen Vermögensbestandtheile nicht berücksichtigt werden. Auch ist es gleichgültig ob die Partei durch ihren Erwerb oder durch etwaige Kapitalrenten oder Nutzungsrechte, oder lediglich durch Inangriffnahme des Kapitals selbst in der Lage ist, die Prozesskosten zu bestreiten. Wo diese Möglichkeit besteht ohne dass hiedurch der nothwendige Unterhalt beeinträchtigt wird, ist das Armenrecht nicht zu bewilligen. Es kommt ferner nicht darauf an, aus welchem Grunde die Partei ausser Stand ist, ohne Gefährdung des Unterhalts die Kosten aufzubringen. Das Armenrecht kann obgleich Vermögen vorhanden ist verlangt werden wenn dieses nicht greifbar ist oder nicht flüssig gemacht werden kann. Insbesondere ist ein solches Begehren gerechtfertigt wenn der Partei ihr Vermögen vorenthalten wird oder beschlagnahmt ist und der Prozess dazu dienen soll, dasselbe in ihren Besitz zu bringen oder frei zu machen.

2) Im Allgemeinen kommt es lediglich auf die Vermögensverhältnisse der Partei selbst, nicht auf die des gesetzlichen Vertreters an und kann der Umstand, dass ein Dritter zum Unterhalt der betr. Partei verpflichtet ist die Verweigerung des Armenrechts nicht rechtfertigen. Da die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts an sich nicht die Verbindlichkeit begründet, die Prozesskosten für eine Partei zu bestreiten kann diese ungeachtet der glänzendsten Vermögensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen ausser Stand sein, die zur Führung des Prozesses erforderlichen Mittel aufzubringen. Von der J.-K. (39—41) wurde ein Antrag auf Beifügung der Worte: „auch keine alimentationspflichtige Angehörige besitzt, welche die Prozesskosten für ihn zu bestreiten im Stande sind" abgelehnt. In denjenigen Fällen, in welchen dem Vater oder Ehemann die Verwaltung und Nutzniessung des Vermögens seiner Kinder bezw. der Ehefrau zusteht und derselbe aus diesem Grunde nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verpflichtet ist, auch die zur Erhaltung des Vermögens erforderlichen Prozesse zu führen und deren Kosten zu bestreiten, müssen übrigens auch dessen Vermögensverhältnisse in Betracht kommen. [3])

3) Dass nur physischen, nicht juristischen Personen das Armenrecht im Sinne der C.-P.-O. bewilligt werden kann, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Die Frage: ob und inwieweit juristischen Personen ein Recht auf Gebührenfreiheit zukomme, ist in der C.-P.-O. nicht geregelt. Es bleiben sonach

[1]) Nach § 30 des preuss. A.-G. zum G.-K.-G. soll ein solches Zeugniss in der Regel ausreichen, um die völlige oder theilweise Niederschlagung oder die Stundung des Kostenbetrags zu begründen.

[2]) V. O.-L.-G. Braunschweig 25. Febr. 1880, Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig J. 1880 S. 24, Wenglers Archiv J. 1881 (N.-F. Bd. I) S. 38.

[3]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 97; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 141.

landesgesetzliche Bestimmungen, nach welchen milde Stiftungen etc. von der Zahlung aller oder einzelner Gebühren befreit sind, in Kraft. (V. auch § 98 des G.-K.-G.)

II. Beschaffenheit des Prozesses.

Nach der Regierungsvorlage sollte eine sachliche Vorprüfung nicht stattfinden sondern es lediglich darauf ankommen, ob die Armuth in genügender Weise bescheinigt sei. (M. 440.) In der J.-K. war man aber der Ansicht, dass eine solche Vorprüfung nothwendig sei. (K. 39.) Desshalb wurde der im letzten Theil des Abs. 1 enthaltene Zusatz gemacht. Das in diesem Antrag vor „aussichtslos" stehende Wort „völlig" wurde gestrichen, „um den Gedanken der Kommission nicht ungebührlich abzuschwächen." (K. 523.) Ob der hiernach erforderlichen Voraussetzung genügt ist hat das Gericht, dem nach § 109 Abs. 3 das Material hiezu schon im Gesuch zu liefern ist das aber nöthigenfalls auch weitere Aufklärungen verlangen kann, nach freiem Ermessen zu entscheiden. Hiebei kommt es nicht bloss darauf an ob die Sache an sich eine gerechte ist sondern auch darauf ob nach Massgabe der thatsächlichen Verhältnisse insbesondere der zu Gebot stehenden Beweismittel Aussicht vorhanden ist, dass der in Frage stehende Anspruch Anerkennung finde. Uebrigens soll nur in solchen Fällen die Bewilligung des Armenrechts wegen Aussichtslosigkeit versagt werden, in denen die Haltlosigkeit des eingenommenen Standpunkt von vornherein auf der Hand liegt. Sonst würde eine summarische Entscheidung, wie sie das Gesetz vorsieht, nicht genügen, um der armen Partei die Rechtsverfolgung abzuschneiden.[1]) Auf eine Abschrift der zum Zweck der Information aufgenommenen Urkunden haben die Parteien nach § 271 kein Recht.[2]) Die Rechtsvertheidigung der beklagten Partei im Ehescheidungsverfahren erscheint nicht schon desshalb als muthwillig oder aussichtslos im Sinne des Gesetzes, weil diese die Klage selbst nicht bekämpft. Dieselbe kann vielmehr im Interesse beider Parteien liegen, da sie zur Abkürzung des Verfahrens dient. (V. §§ 577, 578.) [3])

Die Vorschriften der C.-P.-O. über Armenrecht finden nicht bloss auf eigentliche Prozesse sondern auf jedes Verfahren Anwendung, das in der C.-P.-O. geregelt wird namentlich auch auf das Verfahren zur Sicherung des Beweises (§§ 447 ff.), auf das Entmündigungsverfahren (§§ 593 ff.), auf das Mahnverfahren (§§ 628 ff.), das Aufgebotsverfahren (§§ 823 ff.) und auf das schiedsrichterliche Verfahren (§§ 851 ff.) soweit hiebei eine Mitwirkung des Gerichts in Frage kommt.[4])

III. Stellung der Ausländer.

Nach § 106 Abs. 2 genügt es hinsichtlich der Ausländer, dass die Gegenseitigkeit verbürgt ist; in welcher Weise dieselbe gewährleistet ist, erscheint als gleichgültig. Es ist der Anspruch sowohl dann begründet wenn Staatsverträge den Inländern die Gewährung des Armenrechts in dem betr. Lande sichern

[1]) V. R.-G. 6. April 1881 jur. Wochenschrift J. 1881 S. 91.

[2]) V. O.-L.-G. Köln Rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II S. 90 ff.

[3]) V. O.-L.-G. Dresden 29. Dez. 1879, Annalen des sächs. O.-L.-G. I S. 340 ff.; Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 229 ff.

[4]) V. Puchelt Bd. I. S. 353; Seuffert S. 109; von Sarwey Bd. I S. 192; Hellmann Bd. I S. 364; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 97.

als wenn die allgemeine Gesetzgebung des Landes die Ausländer den Inländern gleichstellt. In der ersten Richtung müssen auch die Verträge, welche ein einzelner deutscher Staat mit ausländischen Staaten abgeschlossen hat und durch welche den Angehörigen des deutschen Staats das Armenrecht zugesichert wurde, in dem betr. Lande ihre Wirkung ausüben und kann ein Ausländer auf Grund desselben das Armenrecht beanspruchen. Was die Gesetzgebung anbelangt genügt es, dass diese dem Ausländer das Armenrecht unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit zusichert da die deutsche Gesetzgebung dieser Bedingung genügt. Bei einem Staate, welcher wie Nordamerika ein Armenrecht gar nicht kennt, ist die Gegenseitigkeit ausgeschlossen. In Oesterreich (b. G.-B. § 33) und in Italien (C. c. Art. 3) sind Inländer und Ausländer nach dem Gesetze gleichgestellt (v. auch Bekanntmachung vom 1. Okt. 1879 R.-G.-Bl. S. 312). Mit Belgien und Luxemburg bestehen Verträge. (R.-G.-Bl. 1879 S. 316, 318.) Auch zwischen dem deutschen Reich und Frankreich besteht seit dem 20. Febr. 1881 ein Vertrag, nach welchem die beiderseitigen Staatsangehörigen hinsichtlich des Armenrechts gleichgestellt sind. (R.-G.-Bl. 1881 S. 81.)

§ 107.

Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

1. die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschliesslich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;
2. die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten;
3. das Recht, dass ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.

§ 108.

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluss.

(E. §§ 104 u. 105. M. 441. K. 41, 523 u. 663.)

1) Nach § 108 hat der Gegner das Recht, ebenso als ob das Armenrecht nicht bestände Verurtheilung zur Kostenerstattung zu verlangen und die Kosten, die er hienach zu beanspruchen hat, zwangsweise beizutreiben. Dagegen erlangt die Partei durch das Armenrecht von Rechtswegen die im § 107 aufgezählten Vergünstigungen. Da das Gesetz eine theilweise Bewilligung des Armenrechts nicht kennt und in § 107 diejenigen Vortheile, welche dasselbe gewährt, genau bestimmt, hat das Gericht lediglich die Wahl ob es hinsichtlich eines bestimmten Anspruchs das Armenrecht bewilligen oder verweigern will und kann nicht etwa verfügen, dass die Gerichtskosten theilweise (z. B. zur Hälfte) gestundet werden oder der Partei zwar ein Gerichtsvollzieher aber kein Rechtsanwalt beizuordnen sei. [1]) Wenn mehrere Ansprüche in Frage stehen kann dagegen das Armenrecht bloss hinsichtlich eines einzigen bewilligt, im Uebrigen verweigert werden. [2])

2) (Z. 1.) Das Armenrecht befreit vorläufig von der Zahlung aller Gerichtskosten einschliesslich derer, die bereits vor der Bewilligung erwachsen sind und noch geschuldet werden gleichviel ob sie an die Staatskasse oder an einzelne Beamten oder an Zeugen und Sachverständige zu entrichten sind. Dagegen können solche Gerichtskosten, welche bereits bezahlt wurden nicht auf Grund des nachträglich bewilligten Armenrechts zurückgefordert werden. Bezüglich der Vergütung der Zeugen und Sachverständigen wurde in der J.-K. (41) festgestellt, dass dieselbe aus der Staatskasse zu bezahlen sei. Ein Antrag, nach welchem das Gericht bestimmen sollte: „welche Zeugen und Sachverständige im Armenrechte vorzuladen sind", wurde zurückgewiesen. (K. 523 ff. u. 663.) Zu den im Gesetz erwähnten „sonstigen baaren Auslagen" gehören insbesondere: die Reisekosten der Gerichtspersonen, welche die Staatskasse vorzuschiessen hat, die Postporti, die Kosten für öffentliche Zustellungen (§§ 186 ff.) und Requisitionen. Die Partei ist nur von der Bezahlung der baaren Auslagen, welche das Gericht treffen, vorläufig befreit; dagegen hat sie keinen Anspruch darauf, dass ihr solche baare Auslagen, die sie bestritt (z. B. Portoauslagen), ersetzt werden, es müsste denn sein, dass dieselben vom Gericht zu bestreiten waren. Die erforderlichen Abschriften von Schriftsätzen u. s. w. hat die Partei bezw. der ihr beigeordnete Rechtsanwalt zu beschaffen. [3])

3) (Z. 2.) Die Befreiung von der Sicherheitsleistung erstreckt sich nur auf die Sicherstellung für die Prozesskosten (§ 102), nicht auf die anderen Sicherheitsleistungen, welche der Gegner auf Grund des bürgerlichen Rechts oder der C.-P.-O. verlangen kann. Diese Befreiung dauert fort solange das Armenrecht nicht entzogen wurde. (§ 112.)

4) (Z. 3.) Das Recht auf Beiordnung eines Gerichtsvollziehers zur Vornahme von Zustellungen und Vollstreckungshandlungen hat die Partei, der das Armenrecht bewilligt wurde, sowohl im Parteiprozess als im Anwaltsprozess.

[1]) V. Seuffert S. 110; von Sarwey I S. 194; Gaupp I S. 325; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 142. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 99 Bem. und Endemann I S. 424.

[2]) V. auch O.-L.-G. Dresden 18. Febr. 1880 Annalen II S. 80; d. Juristenztg. Bd. V. S. 169.

[3]) V. L.-G. Stuttgart 14. Dez. 1880 würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 392.

Wenn es sich um Zustellungen in verschiedenen Gerichtsbezirken handelt sind im Falle des Bedürfnisses mehrere Gerichtsvollzieher zu bezeichnen. Nach der R.-A.-O. (§ 34) kann der Partei auch im Parteiprozess ein Rechtsanwalt beigeordnet werden. Auch die Beiordnung eines Referendars kann im amtsgerichtlichen Verfahren erfolgen soweit nicht dienstliche Vorschriften oder Interessen im Wege stehen. [1]) Ein Recht auf Beiordnung eines Rechtsanwalts hat die Partei nur im Anwaltsprozess (§ 74). Auch hier ist übrigens die Unentgeltlichkeit nur eine vorläufige. (§ 116.) Uebernimmt ein Anwalt freiwillig die Führung des Prozesses für die arme Partei ohne dass er dieser durch das Gericht beigeordnet wird so hat die Partei keinen Anspruch auf die „vorläufige Unentgeltlichkeit" der Dienstleistungen. Der Anwalt kann vielmehr seine Kostenforderung wie jeder andere Gläubiger geltend machen. Thatsächlich kann aber verabredet werden, dass der Anwalt freiwillig in die durch § 109 geregelte Stellung eintritt. Die Bezeichnung des der armen Partei beizuordnenden Rechtsanwalts steht nach § 36 R.-A.-O. dem Vorsitzenden des Gerichts zu. Unter diesem ist aber nach der Terminologie der Justizgesetze nicht der Präsident des Landgerichts oder Oberlandesgerichts sondern der Vorsitzende der mit der Sache befassten Kammer bezw. des Senats zu verstehen. (V. Bem. I zu § 55.) Gegen die Verfügung des Vorsitzenden kann sowohl die Partei als der bezeichnete Rechtsanwalt nach dem angezogenen § Beschwerde erheben. Dagegen steht dem Rechtsanwalt dieses Rechtsmittel nicht zu hinsichtlich der Frage, ob überhaupt ein Rechtsmittel beizuordnen war. [2]) Wer den beizuordnenden Gerichtsvollzieher zu bestimmen hat, ist im Gesetz nicht gesagt. Nach der Natur der Sache und der Analogie des § 36 R.-A.-O., der nicht als Ausnahmebestimmung sondern als Ausfluss eines allgemeinen Princips aufzufassen ist, wird jedoch die Bezeichnung dem Vorsitzenden zustehen. [3])

Die Frage, ob ein Rechtsanwalt ungeachtet der Bezeichnung durch das Gericht berechtigt sei, die Vertretung der im Armenrecht streitenden Partei abzulehnen, bezüglich deren in der J.-K. (bei Berathung über § 106) sehr verschiedenartige Ansichten geäussert wurden und welche von Amsberg bejahte, (K. 39—41) ist in der Rechtsanwaltsordnung nicht geregelt worden. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass der Anwalt, nachdem das Gericht das Armenrecht bewilligt also angenommen hat, dass die Klage keine muthwillige oder aussichtslose sei, seine Thätigkeit nicht weil er die Sache nicht zu vertreten vermöge verweigern kann. Sonst würde ein Anwalt sich jeder Uebernahme einer Armensache entziehen können. In der J.-K. wurde ein Antrag, nach welchem der Anwalt berechtigt sein sollte: „die Vertretung abzulehnen,

[1]) Für die Zulässigkeit einer derartigen Verwendung hat sich der Präsident des O.-L.-G. Celle in einer Verfügung vom 22. Nov. 1880 ausgesprochen, welche die Zustimmung des preuss. Justizministers gefunden hat. V. deutsche Juristenzeitung Bd. V S. 298 ff.

[2]) V. Meyer Kom. zur R.-A.-O. S. 57; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 99; Gaupp I S. 323. A. M. ist von Sarwey I S. 193.

[3]) V. auch Struckmann-Koch a. a. O. Bem. 4. A. M. ist Gaupp Bd. I S. 326.

wenn er die Sache für grundlos hält", zurückgezogen. (K. 42.) [1]) Glaubt der Rechtsanwalt seine Thätigkeit auf Grund des § 31 R.-A.-O. Nr. 2 und 3 versagen zu dürfen, so kann er diesen Einwand durch die in § 36 R.-A.-O. vorgesehene Beschwerde geltend machen.

Auch der vom Gericht bezeichnete Anwalt muss eine Vollmacht vorlegen. (Bem. I zu § 76). Sofern die Partei die Ausstellung der Vollmacht verweigert ist sie übrigens keineswegs berechtigt, ohne Weiteres die Bezeichnung eines anderen Anwalts zu verlangen sondern hat ein derartiges Begehren zu rechtfertigen.

§ 109.

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozessgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuch ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniss beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozesskosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniss auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältniss unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

(E. § 106. M. 441. K. 42.)

1) Das Prozessgericht, bei welchem das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts angebracht werden muss, ist nicht das Gericht erster Instanz sondern dasjenige Gericht, bei welchem zur Zeit des Gesuchs der Prozess anhängig ist. Da das Gesuch auch vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann besteht (nach § 74 Abs. 2) auch bei Prozessen, die vor dem Landgericht anhängig sind oder anhängig gemacht werden sollen sowie bei höheren Gerichten in Beziehung auf dasselbe kein Anwaltszwang. Die Partei kann hienach ihr Gesuch in beliebiger Form (z. B. durch ein einfaches Schreiben) vorbringen. (V. Bem. II. 4 zu § 74.) Hinsichtlich der Zeit der Anbringung enthält das

[1]) V. auch von Sarwey I S. 193; Gaupp I S. 323; Meyer a. a. O. S. 57. A. M. sind von Wilmowski und Levy, welche (II. Aufl. S. 142) dem Rechtsanwalt zwar nicht das Recht einräumen, das Mandat ohne weiteres abzulehnen, ihn aber für befugt halten, nach näherer Prüfung die Verfolgung der beanspruchten Rechte zu verweigern.

Gesetz eine beschränkende Bestimmung nicht. Es kann sonach das Armenrecht für eine Instanz nachgesucht werden solange der Prozess in derselben überhaupt noch anhängig ist. Nach Verkündung des den Prozess für eine bestimmte Instanz erledigenden Erkenntnisses kann von der Bewilligung des Armenrechts für dieselbe nicht mehr die Rede sein. [1])

2) Wenn die Partei ein der Vorschrift des Abs. 2 entsprechendes obrigkeitliches Zeugniss nicht vorlegt kann sie zum Armenrecht nicht zugelassen werden hat vielmehr lediglich das Recht der administrativen Beschwerde gegen die Behörde, welche die Ausstellung verweigert. Das Gericht hat aber auch wenn das Zeugniss beigebracht wurde selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 106 vorliegen. (Bem. I. 1 zu § 106.) Nach § 110 Abs. 2 bedarf es eines Zeugnisses in der höheren Instanz nicht mehr wenn das Armenrecht bereits in der vorherigen Instanz bewilligt war. Welche Verwaltungsbehörde das Zeugniss auszustellen hat, ist nach der betr. Landesgesetzgebung zu beurtheilen. Durch die Vorlage des gesetzlich vorgeschriebenen Zeugnisses hat die Partei ihren Verpflichtungen genügt. Ein „Armeneid" kann von ihr nicht verlangt werden. (Bem. I. 1 zu § 106.) Die „vormundschaftliche Behörde", welche das Zeugniss bezüglich der unter Vormundschaft oder Kuratel stehenden Personen ausstellen kann, ist auf Grund der Landesgesetzgebung zu bestimmen.

3) Die Vorschrift des Abs. 3, welche durch die J.-K. beigefügt wurde (K. 42), hat die Bestimmung, dem Gericht die durch § 106 vorgeschriebene sachliche Vorprüfung zu ermöglichen. Es sind desshalb die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse derart darzulegen, dass die Frage ob Aussicht besteht mit der Klage bezw. dem Rechtsmittel durchzudringen hienach beurtheilt werden kann. Die Urkunden, deren sich die Partei bedienen will brauchen dem Gesuche nicht beigefügt zu werden. Es genügt vielmehr deren Angabe. Das Gericht kann jedoch zum Zweck der Aufklärung die Mittheilung der Urkunden verlangen. [2])

§ 110.

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschliesslich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der Partei muthwillig oder aussichtslos erscheint.

(E. § 107. M. 441. K. 42.)

[1]) V. auch R.-G. 27. Juli 1880 Entscheid. Bd. II. S. 102.

[2]) V. Seuffert S. 112; Gaupp I S. 331. A. M. sind von Sarwey I S. 197 und Struckmann-Koch III. Aufl. S 100.

1) Während nach dem Entwurf das Armenrecht mit Rücksicht auf den Wegfall der sachlichen Vorprüfung für den ganzen Rechtsstreit bewilligt werden sollte, erfolgt dieselbe nach § 110 für jede Instanz besonders. Handelt es sich um den Gebrauch eines Rechtsmittels so ist sonach das Armenrecht für die betr. Instanz bei demjenigen Gerichte nachzusuchen, das über das Rechtsmittel zu entscheiden hat. Wurde einer Partei das Armenrecht für eine Instanz ertheilt so ist sie auf Grund desselben berechtigt, gegen ein wider sie ergangenes Versäumnissurtheil Einspruch zu erheben da hiedurch keine neue Instanz eröffnet sondern nur eine neue Verhandlung veranlasst wird. (§ 307.) Dagegen ist die Frage, ob das für die erste Instanz bewilligte Armenrecht auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 541 ff.) Geltung habe zu verneinen. Wurde das Armenrecht in der ersten Instanz bewilligt, so erstreckt sich dasselbe nach Abs. 1 auch auf die Zwangsvollstreckung. Hat die Partei dasselbe aber erst in einer höheren Instanz erlangt, so muss sie ehe sie zur Zwangsvollstreckung schreitet das Armenrecht hiezu bei dem Gericht erster Instanz nachsuchen. Für die aus der Zwangsvollstreckung hervorgehenden Prozesse wird mit Rücksicht auf die sachliche Vorprüfung gleichfalls eine Neubewilligung des Armenrechts erfordert. Handelt es sich nicht um die Vollstreckung eines Urtheils sondern um die einer anderen Urkunde (§ 702), so ist (nach §§ 684 ff.) das Vollstreckungsgericht zur Ertheilung des Armenrechts zuständig.

2) Wird in der höheren Instanz das Armenrecht zum ersten Male nachgesucht, so ist die Frage ob die Partei die Prozesskosten zu bestreiten vermag gemäss §§ 106 und 109 zu prüfen. Dagegen bedarf es eines Nachweises des Unvermögens insbesondere des in § 109 Abs. 2 vorgeschriebenen Zeugnisses nicht wenn das Armenrecht bereits in der früheren Instanz bewilligt war. Das Gericht kann übrigens mit Rücksicht auf § 112 das Armenrecht dessenungeachtet wegen Mangels des Unvermögens versagen. [1]) Auch die sachliche Vorprüfung fällt weg wenn die Partei, welche das Armenrecht verlangt das Rechtsmittel nicht geltend gemacht hat sondern das ergangene Urtheil vom Gegner angefochten wird.

§ 111.

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

(E. — M. — K. 421. 524.)

1) Die im § enthaltene Vorschrift wurde von der J.-K. in die C.-P.-O. aufgenommen, um das Armenrecht wenigstens für den Angegriffenen unschädlich zu machen. Dem Kläger bezw. Berufungskläger oder Revisionskläger kommt die im § vorgesehene Vergünstigung auch dann nicht zu statten, wenn der Beklagte Widerklage erhebt bezw. der Berufungsbeklagte oder Revisionsbeklagte sich dem

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 101; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 144; Endemann I S. 427; Hellmann I S. 371. A. M. ist Seuffert S. 112.

vom Gegner geltend gemachten Rechtsmittel anschliesst da er immerhin der ursprüngliche Angreifer bleibt und nur derjenige, der unter Benützung des Armenrechts angegriffen wird, die Begünstigung erhalten soll. Dagegen kommt dem ursprünglichen Beklagten (bezw. Berufungsbeklagten oder Revisionsbeklagten), der in der Lage ist, die Vergünstigung des § 111 zu beanspruchen die Befreiung von den in Frage stehenden Gebühren auch insoweit zu statten als er seinerseits Widerklage erhebt oder sich einem Rechtsmittel anschliesst da sich dieselbe auf die ganze Prozessführung erstreckt.

2) Die Befreiung, welche auf Grund des § 111 eintrifft, ist nur eine einstweilige und hört sofern das Armenrecht des Gegners erlischt oder zurückgezogen wird mit diesem auf. (§§ 112 und 113.) Auch muss die wohlhabende Partei wenn sie zur Zahlung der Kosten verurtheilt oder der Prozess ohne Urtheil über die Kosten beendigt wird nach § 111 Abs. 2 die bisher gestundeten Kosten berichtigen. Dagegen hat der Gegner der im Armenrecht streitenden Partei wenn diese die Kosten zu tragen hat die gestundeten Gebühren selbst dann nicht an die Staatskasse zu entrichten wenn der Gegner wohlhabend wird. Vielmehr sind die Kosten dann von der armen Partei einzuziehen. (§ 116 Abs. 2.)

§ 112.

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergiebt, dass eine Voraussetzung der Bewilliung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

§ 113.

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

(E. §§ 108 und 109. M. 441. K. 42.)

Das Armenrecht wird einer Partei mit Rücksicht auf ihre persönlichen Verhältnisse bewilligt und gibt derselben desshalb nur für ihre Person die in § 107 aufgezählten Rechte. Mit dem Tod der Partei erlischt das Armenrecht und deren Erben oder sonstige Rechtsnachfolger haben so wenig wie die etwaigen Streitgenossen oder Nebenintervenienten ein Recht auf die Vortheile, welche dasselbe gewährt. Vielmehr müssen sie wenn auch bezüglich ihrer die Voraussetzungen des § 106 vorliegen neuerdings um Bewilligung des Armenrechts nachsuchen. Auch der Person, welcher dieses Recht verliehen wurde, kann dasselbe jederzeit von Amtswegen entzogen werden wenn eine der Voraussetzungen der Bewilligung wegfällt oder es sich herausstellt, dass sie nie vorhanden war. Zur Entziehung ist dasjenige Gericht zuständig, bei welchem der Prozess gerade anhängig ist. Die Entziehung als solche wirkt nicht auf das frühere Verfahren zurück, derart dass die Partei dadurch zur Bezahlung der ihr bisher gestundeten Beträge verpflichtet würde sondern bewirkt nur, dass die Partei für die Zukunft die mit dem Armenrecht verbundenen Rechte nicht mehr in Anspruch nehmen kann. Erfolgt aber die Entziehung, weil das Unvermögen zur Bestreitung der

Prozesskosten nicht mehr besteht oder nie bestanden hat, so wird dadurch nach § 116 die Verpflichtung zur Zahlung der bisher gestundeten Gerichtskosten begründet. Auch kann der Gegner eines ausländischen Klägers nun ebenso Sicherheitsleistung bezüglich aller ihm bisher erwachsenen und in Zukunft erwachsenden Prozesskosten verlangen wie er hiezu berechtigt ist wenn ein anderer Grund, der von der Verpflichtung hiezu befreite, in Wegfall kommt. (§ 103.)

§ 114.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozesskosten verurtheilten Gegner nach Massgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozesskosten verurtheilt oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist.

(E. § 110. M. 106. K. 42, 524.)

1) Die Bestimmungen des § haben darin ihren Grund, dass d. h. abgesehen von der Vorschrift des § 111 das Armenrecht auf das Verhältniss unter den Parteien keinen Einfluss übt. Sowie die in die Prozesskosten verurtheilte Partei einem wohlhabenden Gegner alle ihm erwachsenen Kosten zu ersetzen hat, muss sie nun die der Armenpartei gestundeten Gerichtskosten an die Staatskasse bezahlen. Die Beitreibung erfolgt aber in diesem Falle nicht in der in den §§ 98 ff. vorgeschriebenen Weise. Vielmehr findet dasselbe Verfahren statt, das im Allgemeinen für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten vorgeschrieben ist. Dasselbe erstreckt sich auf alle der Staatskasse erwachsenen Auslagen einschliesslich der Gebühren der Zeugen und Sachverständigen. Sollte die im Armenrecht streitende Partei sich in der im § 116 vorgesehenen Lage befinden so hat die Staatskasse die Wahl ob sie diese auf Grund des genannten § zur Nachzahlung der gestundeten Beträge anhalten oder auf Grund des § 114 gegen den Gegner vorgehen will. Dass die obsiegende Partei wegen der ihr selbst (etwa vor Bewilligung des Armenrechts) erwachsenen Kosten vom Gegner Erstattung verlangen kann, versteht sich von selbst.

2) Dass von dem zur Zahlung der Prozesskosten verurtheilten Gegner auch die ihm selbst auf Grund des § 111 gestundeten Gerichtskosten eingezogen werden können liegt in der Natur der Sache da der Grund, der seine einstweilige Befreiung veranlasste weggefallen ist. Dagegen liegt für eine solche Verpflichtung an sich kein Grund vor wenn eine Entscheidung über die Kosten nicht erfolgte. Da aber die Regierungskommissäre im Interesse der Staatskasse eine weitergehende Bestimmung für nothwendig erklärten, wurde von der J.-K. der in Abs. 2 enthaltene Zusatz angenommen: „oder der Rechtsstreit ohne Urtheil

über die Kosten beendigt ist." Dadurch soll „der Zweck erreicht werden, dass der Gegner der armen Partei, der einstweilen von den Kosten befreit sei, die Staatskasse nicht dadurch benachtheiligen könne, dass er sich unter der Hand mit der armen Partei vergleiche und den Prozess liegen lasse. Thue er das Letztere, so solle er die ihn treffenden Kosten bezahlen." Die vermögende Partei wird, wenn der Prozess nicht betrieben wird, etwa nach Jahresfrist (§ 94 G.-K.-G.) zur Erklärung aufzufordern sein ob der Prozess liegen bleiben solle. Bejaht sie dies so kommt Abs. 2 des § zur Anwendung. (K. S. 524.) [1]) Die der armen Partei gestundeten Kosten können wenn der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt wurde von derselben nicht eingezogen werden. (V. jedoch §§ 86 und 88 G.-K.-G.)

§ 115.

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozesskosten verurtheilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person einer armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

(E. § 111. M. 441. K. 42.)

1) Sowie die Staatskasse berechtigt ist, die von ihr gestundeten Gerichtskosten von dem in die Prozesskosten verurtheilten Gegner der armen Partei einzuziehen so haben nach § 115 Abs. 1 auch die der armen Partei beigeordneten Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher das Recht, ihre Gebühren und Auslagen unmittelbar vom Gegner beizutreiben ohne dass es hiezu einer Cession bedarf. Ein Ausspruch im Urtheil, wie er im französischen Recht bezüglich der sogen. Distraction der Kosten erfolgen musste, ist nicht erforderlich. Vielmehr steht den Anwälten und Gerichtsvollziehern von der Rechtskraft des über die Kosten entscheidenden Urtheils an ein Ersatzanspruch gegen den Gegner zu. Dieser Anspruch muss falls der Gegner nicht freiwillig bezahlt nicht auf dem Wege der Klage (§ 34) geltend gemacht, vielmehr können die Kosten auf dem in den §§ 98 ff. bezeichneten Wege beigetrieben werden. Dass von dem Rechtsanwalt bezw. Gerichtsvollzieher der Armenpartei ein unmittelbarer Anspruch gegen deren Gegner geltend gemacht werden kann, ist nur so zu erklären, dass der seiner Partei gegen diesen zustehende Erstattungsanspruch auf ihn übergegangen ist. Wenn das Gesetz einen solchen Uebertrag (ebenso wie bei der Staatskasse) annimmt, so kann dies aber nur geschehen sein, um den Anwälten etc. die Ein-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 103; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 145; Seuffert S. 114; Gaupp I S. 33 . A. M. ist Hellmann I S. 374, 376.

ziehung zu erleichtern. Dafür sprechen auch die Motive, in welchen (441) gesagt ist, dass dieselben „ohne Cession“ zur unmittelbaren Einziehung ihrer Gebühren und Auslagen vom Gegner berechtigt seien und der Umstand, dass die Vorschrift des Abs. 1 die „Kostendistraction“ des französischen Rechts ersetzen sollte, welche darin besteht, dass der Gegner verurtheilt wird, die Kosten unmittelbar an den Anwalt zu zahlen. (V. auch hannöv. Prot. I S. 990.) [1]) Der Gerichtsvollzieher erhält bei dem Unvermögen des Gegners seine Gebühren und Auslagen von der Staatskasse ersetzt. (G.-O. für G.-V. § 21.) Die Vorschrift des § 115 findet übrigens nur auf die der armen Partei vom Gericht bestellten Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher Anwendung.

2) Dem Anspruch des Rechtsanwalts bezw. Gerichtsvollziehers können alle Einwendungen entgegengesetzt werden, aus denen hervorgeht, dass derselbe nicht oder nicht mehr besteht insbesondere die Einrede der Zahlung durch die arme Partei oder die der Kompensation mit einer Forderung derselben an den Rechtsanwalt. Unter Einreden aus der Person der armen Partei versteht das Gesetz, wie aus Abs. 2 deutlich hervorgeht, nicht Einreden aus dem Rechtsverhältniss zwischen dieser und dem Rechtsanwalt oder Gerichtsvollzieher, sondern solche aus dem Verhältniss dieser Partei zum Gegner. [2]) Solche Einwendungen, aus denen hervorgehen soll, dass der Gegner der armen Partei dieser nichts mehr schulde, können dem Rechtsanwalt und Gerichtsvollzieher im Allgemeinen nicht entgegengehalten werden; insbesondere hilft es dem Gegner nichts, dass ihm die arme Partei die Kosten erlassen oder er dieselben bezahlt oder kompensirt hat. Nur bezüglich solcher Kosten, welche in demselben Prozesse entstanden und dem Gegner nach einer gerichtlichen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind, ist die Kompensation auch dem Rechtsanwalt und Gerichtsvollzieher gegenüber gestattet. Bei dieser Sachlage kann der Gegner seine Kosten an die arme Partei selbst nur dann mit Sicherheit zahlen wenn er sich vergewissert hat, dass die Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher befriedigt sind. Die Unfähigkeit der Partei, den Rechtsanwälten und Gerichtsvollziehern gegenüber wirksam über die Kosten zu verfügen beginnt mit Erlass des über die Kosten ergangenen Urtheils. Kann dasselbe auch erst wenn es rechtskräftig geworden ist vollstreckt werden, so hat doch mit dem Urtheil der Rechtsanwalt etc. eine selbständige Forderung erlangt, über welche die arme Partei nicht mehr durch Vergleich verfügen kann. [3])

§ 116.

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen

[1]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 103; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 146; Hellmann I S. 151 u. 375. V. dagegen Seuffert S. 35 und Puchelt Bd. I S. 363.

[2]) V. auch Puchelt Bd. I S. 363. A. M. sind Gaupp I S. 338; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 146.

[3]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 146. A. M. sind Seuffert S. 115, und anscheinend auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 104.

befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.

Dasselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozesskosten verurtheilt ist.

(E. § 112. M. 441. K. 42.)

Die Verpflichtung zur Nachzahlung, welche § 116 in Ergänzung des § 107 regelt kann im Laufe des Prozesses ausgesprochen werden, in welchem Falle regelmässig die Entziehung des Armenrechts für die Zukunft (§ 112) damit verbunden werden wird. Es kann aber ein solcher Ausspruch auch nach Beendigung des Rechtsstreits erfolgen und zwar gleichviel ob die arme Partei zur Zahlung der Prozesskosten verurtheilt oder der Prozess durch Vergleich etc. erledigt wurde oder sogar der Gegner zur Zahlung der Prozesskosten verurtheilt worden ist. Im letzteren Falle steht der Staatskasse bezw. den Rechtsanwälten und Gerichtsvollziehern die Wahl zu ob sie auf Grund der §§ 114 bezw. 115 gegen den Gegner vorgehen oder sich an die arme Partei halten wollen. Zahlt die Partei, gegen welche § 116 Abs. 1 angerufen wird freiwillig die rückständigen Kosten so bedarf es eines Gerichtsbeschlusses nicht und es wird ein solcher wenn der Prozess schon beendigt also die Entziehung des Armenrechts gegenstandslos ist auch nicht zu erfolgen haben. Erkennt die Partei die Verpflichtung nicht an so ist dieselbe durch gerichtliche Entscheidung in dem im § 117 vorgeschriebenen Verfahren festzustellen. Zur Entscheidung ist ebenso wie im Falle des § 112 dasjenige Gericht zuständig, bei dem der Prozess gerade anhängig ist. Ist derselbe bereits beendigt, so wird das Gericht erster Instanz zu entscheiden haben. [1]) Die Verpflichtung zur Nachzahlung trifft nicht bloss die Partei selbst sondern kann auch deren Erben gegenüber geltend gemacht werden wenn die Voraussetzungen des § 116 vorliegen. Dass die zum Wohlstand gelangte Partei wenn sie zur Zahlung der Prozesskosten verurtheilt wurde auch die dem Gegner auf Grund des § 111 gestundeten Kosten nachzahlen muss, wurde zur Vermeidung von Zweifeln von der J.-K. beigefügt. (K. 524.)

§ 117.

Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einst-

[1]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 104; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 147; Endemann I S. 431, 432. A. M. ist Gaupp Bd. I S. 339.

weilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

§ 118.

Gegen den Beschluss, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluss, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

(E. §§ 113 u. 114. M. 441. K. 42.)

1) Die im § 117 aufgezählten Entscheidungen werden in der Regel ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Auch hat der Gegner kein Recht darauf, gehört zu werden. Nur die Bewilligung des Armenrechts setzt einen Antrag beziehungsweise ein Gesuch voraus; die übrigen Entscheidungen können von Amtswegen getroffen werden. Der Beschluss, durch welchen das Armenrecht bewilligt oder versagt wird ist nach § 294 der Partei, welche um dasselbe nachsuchte, von Amtswegen zuzustellen. Einer Zustellung an den bei dem Verfahren nicht betheiligten Gegner bedarf es dagegen nicht. [1])

2) Dass gegen den Beschluss auf Bewilligung des Armenrechts kein Rechtsmittel zusteht, wurde in den Motiven (441) damit begründet, dass der Gegner ein Interesse zur Erhebung einer solchen Beschwerde nicht habe. Hienach ist anzunehmen, dass das Recht der Beschwerde (§§ 530 ff.), welches der § für den Fall einräumt, dass das Armenrecht versagt oder entzogen oder die Nachzahlung der Kosten angeordnet wird, auch nur der armen Partei, nicht dem Gegner zusteht obgleich dieser (nach § 111) ein Interesse haben kann, dass die betr. Entscheidung aufgehoben werde. [2]) Nach § 531 kann das Gericht, dessen Entscheidung durch Beschwerde angefochten wird, die Entscheidung zurückziehen und braucht dann die Beschwerde dem höheren Gerichte nicht vorzulegen.

DRITTER ABSCHNITT.

Verfahren.

(§§ 119—229.)

Allgemeine Vorbemerkungen.

Die Vorschriften des dritten Abschnitts, in welchem das Verfahren im Allgemeinen geregelt wird gelten soweit nicht im Einzelnen abweichende Bestim-

[1]) V. dagegen L. G. Hall 12. Juli 1880, würtemberg. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 96.

[2]) V. Puchelt Bd. I S. 366; Seuffert S. 117; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 105; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 147.

mungen erlassen wurden für alle Gerichte welcher Gattung sie auch angehören und erstrecken sich auf alle Prozessarten ohne Unterschied. Dieselben haben zum Gegenstand: die mündliche Verhandlung (§§ 119—151), die Zustellungen (§§ 162—190), die Ladungen, Termine und Fristen (§§ 191—207), die Folgen der Versäumung (§§ 208—216) und die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (§§ 217—229). Die Bestimmungen über die Oeffentlichkeit der Sitzungen, über die Sitzungspolizei, die Gerichtssprache und die Verhandlung mit tauben, stummen und taubstummen sowie mit der Gerichtssprache nicht mächtigen Personen sind wegen ihrer Gemeinsamkeit mit dem Strafverfahren ausgeschieden und dem Gerichtsverfassungs-Gesetze (§§ 170—193) überwiesen. Dieses Gesetz enthält auch (in den §§ 194—204) die auf den Civilprozess bezüglichen Vorschriften über die Berathung und Abstimmung bei gerichtlichen Entscheidungen und die Gerichtsferien. [1])

Warum eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Verhandlung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten — von den Ehe- und Entmündigungssachen abgesehen — nicht vorgeschrieben wurde ist in den Motiven (S. 441, 442) ausführlich erörtert. Dass der C.-P.-O. die Verhandlungsmaxime zu Grund liegt, ergibt sich aus der Gestaltung des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen. Andererseits wurde insbesondere durch ein ausgedehntes und scharf durchgeführtes richterliches Prozessleitungsamt für die mündliche Verhandlung dafür Sorge getragen, dass die Verhandlungsmaxime nicht allzuweit ausgedehnt werde sondern eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Begrenzung erhalte. (M. a. a. O.)

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung.

(§§ 119—151.)

Inhaltsübersicht.

Während § 119 den Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens aufstellt und die §§ 120—126 die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze sowie die Hinterlegung derselben und die der darin angezogenen Urkunden regeln, beschäftigen sich die folgenden §§ mit der mündlichen Verhandlung selbst. Es wird in den §§ 127, 130 und 131 das dem Gericht und dem Vorsitzenden zustehende Prozessleitungsrecht einschliesslich des richterlichen Fragerechts geregelt. In den §§ 128 und 129 wird vorgeschrieben, in welcher Weise die Parteien die Sache vorzutragen bezw. sich über die Behauptungen des Gegners zu erklären haben und die §§ 143 und 144 geben Vorschriften darüber, wie zu verfahren ist wenn den Parteien oder deren Vertretern die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt oder sie aus anderen Gründen zurückzuweisen oder zu entfernen sind. Die §§ 132—135 handeln sodann von den Mitteln, welche

[1]) Bezüglich dieser Vorschriften vgl. man Keller's Kommentar zum Gerichtsverfassungs-Gesetz zu den betr. §§ S. 211 ff.

dem Gerichte zur Aufklärung des Sachverhältnisses im Allgemeinen zustehen (persönliches Erscheinen, Vorlage von Urkunden, Augenschein und Begutachtung durch Sachverständige) und die §§ 136—142 von den Verhältnissen, welche eine Verbindung oder Trennung mehrerer Prozesse oder die Aussetzung oder Wiedereröffnung der Verhandlung nothwendig machen. In den §§ 145—151 sind endlich die Vorschriften über das Sitzungsprotokoll und die Beiziehung des Gerichtsschreibers enthalten.

§ 119.

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

(E. § 115. M. 442 u. 391 u. ff. K. 42.)

I. Grundsatz der Mündlichkeit im Allgemeinen. Ausdehnung desselben.

1) Der Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens oder der Unmittelbarkeit der Verhandlung erstreckt sich nach § 119 nur auf die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte oder auf „dasjenige Verfahren, welches sich als eigentliche Verhandlung unter den Parteien charakterisirt.“ (M. 395.) [1]) Nur wenn die Parteien gleichzeitig vor Gericht erscheinen oder doch (wie beim Versäumnissverfahren) erscheinen könnten, hat, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften bestehen, eine mündliche Verhandlung stattzufinden und sind die Vorschriften dieses Titels zur Anwendung zu bringen. Ob eine solche Verhandlung unter den Parteien nothwendig ist, muss in der Regel aus der Natur der Sache beurtheilt werden. In zweifelhaften Fällen wurde meist im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen, dass die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung zu erlassen sei wenn die Absicht bestand, eine solche zu veranlassen. Wo es in das Ermessen des Gerichts gestellt sein soll, ob eine solche Verhandlung erforderlich ist, wurde gesagt, dass die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen könne. Von einer „Entscheidung in berathender Sitzung“ zu sprechen, wurde vermieden: weil dieser technische Ausdruck nicht gemeinverständlich und, auf einen Einzelrichter angewandt, sogar unpassend sei. (M. 395.)

2) Bezüglich derjenigen Prozessakte, welche von Partei zu Partei mit oder ohne Mitwirkung von Zustellungsbeamten erfolgen oder auf Veranlassung der Parteien von den Gerichtsschreibern ausgehen kann von dem Grundsatze der

[1]) Die in den Motiven enthaltenen Ausführungen über das Wesen der Mündlichkeit und deren Zusammenhang mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung stammen in der Hauptsache von Leonhard. (V. dessen Schrift: das Civilprozessverfahren des Königreichs Hannover S. 45 ff. und dessen Abhandlung im Magazin für hann. Recht. N. F. Bd. I S. 25 ff.; ferner Glaser, Gesammelte kleine Schriften Bd. II S. 298 ff.) Von Canstein weist in den „rationellen Grundlagen des Civilprozesses“ S. 95 darauf hin, dass Unmittelbarkeit und Mündlichkeit zwar verwandt seien aber doch ein Unterschied zwischen denselben bestehe. Ueber Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens vgl. man dessen Bemerkungen auf S. 72 ff. des genannten Buches.

Mündlichkeit keine Rede sein. Ein Gleiches gilt in den Fällen, wo Parteien eine Thätigkeit des Gerichts in Anspruch nehmen, welche bei der Zwangsvollstreckung mehr ordnend oder administrativ, nicht eigentlich prozessualisch ist. (M. 395.) Ausserdem ist auch in denjenigen Fällen für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, in welchen eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann wie z. B. bei Arresten und einstweiligen Verfügungen, der Ablehnungen eines Richters oder der Bestimmung des rechten Richters. Spricht hier der Gesetzgeber ausdrücklich aus, dass die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen könne, so wird übrigens damit nicht ausgeschlossen, dass das Gericht entweder der Gegenpartei Gelegenheit gibt, sich zu Protokoll oder mittelst eines Schriftsatzes zu erklären oder erst entscheidet nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet ist. (M. a. a. O.)

3) Da in § 119 nur von einer Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit die Rede ist so findet der aufgestellte Grundsatz an sich keine Anwendung auf Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder den beiden Parteien einerseits und einer dritten Person z. B. dem Nebenintervenienten oder einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen. Wenn in diesen Fällen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte nothwendig ist schreibt das Gesetz regelmässig vor, dass die Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu erfolgen habe. Für die Zwischenstreite unter den Parteien gilt die Vorschrift des § 119 da bezüglich derselben immer eine Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte stattfindet. Die Beweisaufnahme als solche insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ist keine Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Gericht sondern ein Akt, welcher sich zwischen dem Richter und einer anderen Person vollzieht. Daran wird auch dadurch nichts geändert, dass den Parteien eine Mitwirkung gestattet ist und eine Parteiverhandlung die Beweisaufnahme begleiten kann, auch die Beweisaufnahme in der Regel vor den zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richtern stattfindet.

II. Folgerungen aus dem Grundsatz.

1) Die sich aus dem Grundsatz der Unmittelbarheit der Verhandlung für die Fälle, in welchen eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, ergebenden Sätze hat der Gesetzgeber absichtlich nicht in das Gesetz aufgenommen weil sich dieselben aus der Konstruktion des Verfahrens ergeben müssten und durch derartige Sätze leicht Missverständnisse erregt würden. (M. S. 395.) Der Grundsatz der Mündlichkeit äussert seine Wirkungen nach drei Richtungen.

2) Wenn im Laufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung ein Wechsel im Richterpersonal eintritt, hat die mündliche Verhandlung von Neuem zu beginnen. In den Motiven wurde (S. 395) bemerkt, dass dieser Grundsatz „entsprechende Anwendung finden müsse, wenn je ein zur Urtheilsfällung berufener Richter erklären sollte, dass ein für die Beurtheilung des Rechtsstreits wesentlicher Theil der Verhandlung seiner Erinnerung entschwunden sei.“ Doch folgt daraus nicht, dass wenn sich nicht bei Beginn der Berathung über das

Urtheil jeder Richter aller wesentlichen Einzelheiten erinnert eine neue Verhandlung erforderlich ist. Durch den bei der Berathung stattfindenden Austausch der Meinungen und Erinnerungen wird in der Regel das Gedächtniss aufgefrischt, und das Bild der Verhandlung in klarer Weise wiederhergestellt. Nur wenn sich bei der Verhandlung herausstellen sollte, dass über die Darlegung der Parteien widersprechende Meinungen bestehen oder ein wesentlicher Punkt im Unklaren geblieben ist, wird eine Wiederaufnahme der Verhandlung (§ 142) oder eine neue Verhandlung erforderlich sein.

3) Weiter ergibt sich aus dem Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens, dass der Richter bei der Urtheilsfällung das thatsächliche Vorbringen nur insoweit zu berücksichtigen hat, als es ihm von den Parteien vorgetragen wurde. Von diesem Satze für den Fall eine Ausnahme zu gestatten, dass das thatsächliche Vorbringen in den hinterlegten vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist, wurde für unzulässig gehalten, weil damit der für die Parteien gebotene Zwang, die Sache mündlich vorzutragen, beseitigt würde. Die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sollen nur die Verhandlung vorbereiten, können aber den mündlichen Vortrag nicht ersetzen. Es bildet vielmehr regelmässig die mündliche Verhandlung die ausschliessliche Grundlage der Verhandlung. Insbesondere würde es dem Grundsatz der Mündlichkeit widersprechen wenn der Inhalt einer Urkunde, welche nicht Gegenstand der Verhandlung war, bei der Entscheidung berücksichtigt wurde. [1]) Zu verhindern, dass die Sache unvollständig vorgetragen wird, ist Sache des Vorsitzenden bezw. Amtsrichters, die (nach den §§ 127 u. 463) für eine erschöpfende Erörterung zu sorgen haben.

Hat der Richter nur das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte zu beachten so hat er im Allgemeinen auch Alles zu berücksichtigen, was in dieser Verhandlung vorgebracht worden ist und zwar selbst dann wenn die betreffenden Behauptungen weder in den Schriftsätzen erwähnt noch sonst schriftlich fixirt wurden, ja sogar wenn sie mit dem Inhalt der Schriftsätze in Widerspruch stehen. Nur bezüglich der Gesuche ist mit Rücksicht auf deren grosse Bedeutung in § 269 vorgeschrieben, dass sie nur dann berücksichtigt werden können wenn sie aus einem Schriftsatze verlesen wurden. Hinsichtlich der gegen diese Ausnahme erhobenen Bedenken wurde in den Motiven (396) bemerkt: „Der Vorsitzende sitzt ja nicht den verhandelnden Parteien ruhig und kalt, nur als Hörer gegenüber. Er leitet die Verhandlung, wirkt auf dieselbe fördernd ein, und ist bei der Gestaltung des Rechtsstreits mitthätig. Wenn er bemerkt, dass die vor ihm liegenden schriftlichen Gesuche abgeändert werden ohne dass die schriftliche Feststellung erfolgt so wird er hierauf aufmerksam machen; wenn er dieses aber unterlässt und erst bei der Urtheilsfällung das Versehen zur Sprache kommt so wird durch die Wiedereröffnung der Verhandlung vor der Urtheilsverkündung dasselbe in einfachster Weise zu heben sein."

4) Bei Aufstellung des Entwurfs ist man von dem Gedanken ausgegangen, dass eine bestimmte mündliche Verhandlung selbst wenn sie in mehrere äusser-

[1]) V. auch R.-G. 18. Dez. 1880, 8. Jan. u. 25. Jan. 1881; jurist. Wochenschrift J. 1881 S. 34. Annalen des R.-G. Bd. III S. 215 ff. und 535 ff.

lich getrennte Akte zerfällt als ein Akt anzusehen ist. Dieser Gedanke wurde jedoch im Gesetz nicht besonders formulirt: weil kein Bedürfniss vorliege, einen solchen doktrinären Satz, den die Konstruktion des Verfahrens ergeben müsse, dem Gesetze einzuverleiben. (M. S. 397.) In den Motiven wurde noch weiter bemerkt; „Wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung eine Unterbrechung erleidet, weil sie wegen der einen oder anderen Schwierigkeit, insbesondere wegen eines hervortretenden Bedürfnisses der Aufklärung durch Aufnahme von Beweisen nicht durchgeführt werden kann, so erscheint die fortgesetzte Verhandlung sachlich insofern als eine neue, als prinzipiell in derselben der ganze Streitstoff vorgebracht werden muss. Diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar vorausgeht, stellt sich demgemäss prinzipiell als die entscheidende dar." [1]) Die Folgerungen, welche sich aus dieser Auffassung für die Konzentration der Rechtsbehelfe (Eventualmaxime) und für das Kontumazialsystem ergeben, werden in den §§ 251, 256 u. 297 gezogen.

§ 120.

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

(E. §§ 116. M. 442 ff. u.395 ff. K. 42.)

1) Im Anwaltsprozesse d. h. in allen Prozessen vor Kollegialgerichten (§ 74) sind die Parteien verpflichtet, die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten, bezüglich deren Zustellung die §§ 244 und 245 massgebend sind. Da bei der Entscheidung lediglich auf das mündliche Vorbringen, nicht auf den Inhalt der die Verhandlung vorbereitenden Schriftsätze Rücksicht zu nehmen ist so kann daraus, dass der Schriftenwechsel nicht bethätigt insbesondere eine Klagebeantwortung nicht zugestellt wurde, den Parteien ein sachlicher Nachtheil nicht erwachsen. Vielmehr kann wenn die Verhandlung nicht gehörig vorbereitet wurde nur der Gegner eine Verlegung des Termins bezw. Vertagung verlangen und hat die Partei welche dies verschuldete nach § 90 die dadurch verursachten Kosten zu tragen. Auch kann wenn durch die Unterlassung eine Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhand-

[1]) Die in den Motiven enthaltene Auffassung wird von Wach (Vorträge S. 6 ff.) bekämpft, ist jedoch als richtig anzusehen. Aus derselben folgt natürlich nicht, dass die Sache auch wenn das Gericht in derselben Weise wie früher besetzt ist und sich der Vorträge erinnert, immer neu vorgetragen werden muss. Es kann auf die früheren Vorträge Bezug genommen werden. Dieselben gelten jedoch als wiederholt. (Bem. 1 zu § 121.)

lung veranlasst wurde, § 48 G.-K.-G. zur Anwendung kommen. Der Satz, dass die Unterlassung der Zustellung eines Schriftsatzes Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge hat, gilt jedoch nur soweit dieser Schriftsatz lediglich einen vorbereitenden, nicht soweit er einen bestimmenden Charakter hat wie die Klageschrift, Berufungsschrift u. s. w. Die verschiedene Natur dieser Schriftsätze lässt die C.-P.-O. in der Art hervortreten, dass hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile das imperative „Muss", hinsichtlich der unwesentlichen Bestandtheile aber das instruktionelle „Soll" gebraucht wird. (M. 396.)

2) In dem Verfahren vor den Amtsgerichten können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden; es sind solche aber nicht vorgeschrieben. Die Unterlassung der Zustellung kann desshalb auch dann der Partei nicht als ein Verschulden im Sinne des § 90 und des § 48 G.-K.-G. angerechnet werden wenn dadurch eine Vertagung u. s. w. veranlasst wurde. [1]) Daraus, dass die Zustellung von Schriftsätzen nicht verboten wurde folgt nicht, dass die dadurch veranlassten Kosten unter allen Umständen erstattet werden müssen. Vielmehr ist die Erstattungspflicht selbst wenn der Schriftsatz von einem Rechtsanwalte verfasst wurde nach § 87 Abs. 1 nur dann begründet wenn derselbe zur entsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. [2]) Dass die nach Abs. 2 zulässigen Schriftsätze im Parteiprozess auch zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden können, ergibt sich aus § 463. (M. S. 443.)

§ 121.

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2. die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;
3. die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
4. die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;
5. die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung that-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 109, 110; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 157; A. M. ist Endemann I S. 353, 354.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 110; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 157; Seuffert S. 123; Gaupp I S. 353. A. M. ist Hellmann Bd. I S. 401.

sächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;

6) in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts; in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

(E. § 117. M. 443. K. 42.)

1) Die Bestimmungen des § 121 beziehen sich auf alle vorbereitenden Schriftsätze sei es, dass sie im Anwaltsprozesse sei es, dass sie im Parteiprozesse gewechselt werden und finden auch dann Anwendung wenn diesen Schriftsätzen zugleich ein bestimmender Charakter zukommt. (V. Bem. 1 zu 120.) In diesen Fällen gelten jedoch bezüglich der Erfordernisse des einzelnen Schriftsatzes (z. B. der Klageschrift, Berufungsschrift, Revisionsschrift) ausser den allgemeinen Bestimmungen des § 121 noch die besonderen Vorschriften des Gesetzes. (§§ 230, 479, 515.) Wie aus dem Wort „sollen" hervorgeht, sind die Vorschriften des § lediglich instruktioneller Natur; eine Zuwiderhandlung gegen dieselben bewirkt also nicht, dass der betreffende Schriftsatz als unwirksam anzusehen ist. Auch kann da der gänzliche Mangel eines Schriftsatzes nach § 120 einen Rechtsnachtheil in der Sache selbst nicht zur Folge hat die blosse Mangelhaftigkeit noch weniger eine solche Wirkung haben. Insbesondere können Angaben oder Erklärungen, welche der Schriftsatz entgegen den Vorschriften des § nicht enthält in den mündlichen Verhandlungen nachgeholt werden. Wird durch eine solche Unterlassung eine Terminverlegung oder Vertagung veranlasst so kommt § 90 zur Anwendung. Auch kann im Falle einer Vertagung oder Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung die Partei der in § 48 G.-K.-G. vorgesehene Nachtheil treffen. Die Vorschrift des § 190 n. E.: „Auf das im Laufe des Rechtsstreits Vorgebrachte kann in einem späteren vorbereitenden Schriftsatz Bezug genommen werden" wurde als „selbstverständlich" nicht in die C.-P.-O. aufgenommen. (M. S. 433.)

2) Die in Z. 1 vorgeschriebene Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter ist erforderlich, damit über deren Persönlichkeit kein Zweifel entsteht. Eine möglichst genaue Bezeichnung ist nothwendig, damit sich in die Urtheile und sonstigen Akte keine Irrthümer einschleichen und die nothwendigen Zustellungen richtig ausgeführt werden können. Es wird desshalb erforderlich sein, dass die Prozessbevollmächtigten, an welche nach § 162 regelmässig Zustellungen zu erfolgen haben gleichfalls genau bezeichnet werden. Die Bezeichnung des Streitgegenstands kann in allgemeiner Weise erfolgen. Es genügt wenn im Eingang die Natur der Klage (als Eigenthumsklage, Forderungsklage etc.) angegeben wird. Die genauere Bezeichnung ergibt sich aus den Anträgen und deren Begründung.

3) Z. 2. Der Antrag, unter dem nach dem Sprachgebrauch der C.-P.-O. das von der Partei gestellte Begehren verstanden wird, ist wörtlich so in den Schriftsatz aufzunehmen wie er bei der mündlichen Verhandlung gestellt werden soll da er aus dem Schriftsatz zu verlesen ist. (§ 269 und Bem. zu § 119.) Bei dem Antrag des Klägers ist dies besonders wichtig da eine Aenderung desselben als Klageänderung aufgefasst werden kann. (§§ 235 u. 240.)

4) (Z. 3 u. 4.) Nach Z. 3 soll die Klageschrift eine „Geschichtserzählung" oder den sogen. „historischen Klagegrund" enthalten. Der eigentliche Klagegrund oder „Grund des erhobenen Anspruchs" d. h. das Rechtsverhältniss aus dem der Anspruch abgeleitet wird, muss nach § 230 in der Klageschrift angegeben werden. (Bem. II. 3 zu diesem §.) [1]) In den Motiven wurde (S. 443) bemerkt: „Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten. Die Bedeutung derselben, wie sie von dem Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden wenn in demselben Alles, was in thatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde, oder wenn dieselben mit Rechtsausführungen belastet würden." Eine kurze Andeutung der massgebenden rechtlichen Gesichtspunkte widerspricht dem Geist des Gesetzes nicht; in den Rechtsmittelinstanzen insbesondere wo es sich um die Revision handelt wird sogar häufig eine kurze Ausführung der massgebenden Rechtsgrundsätze nothwendig sein. (n. Pr. S. 1584.) Welche Thatsachen zur Begründung der Klage etc. dienen, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Die Erklärungen über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners können in jeder angemessen erscheinenden Weise erfolgen da eine artikulirte Klagebeantwortung nicht vorgeschrieben ist.

5) (Z. 5.) Die Bezeichnung der Beweismittel und Gegenbeweismittel, welche zufolge des in der C.-P.-O. angenommenen Systems der Beweisverbindung verlangt wird (M. S. 443), soll in spezieller Weise also unter genauer Angabe der Urkunden, namentlicher Benennung der Zeugen etc. geschehen. (§ 338, §§ 385 ff.) Es genügt hienach nicht, dass dieselben lediglich der Art nach (als Urkundenbeweis, Zeugenbeweis etc.) bezeichnet werden. Auch die Bezeichnung der Beweismittel kann jedoch in der mündlichen Verhandlung nachgetragen oder vervollständigt werden und es hat die Partei nur wenn durch ihre Unterlassung eine Verlegung des Termins oder Vertagung u. s. w. veranlasst wurde die hiedurch verursachten Kosten zu tragen oder eine Gebühr zu bezahlen. (§ 90 C.-P.-O. und § 48 G.-K.-G.)

6) (Z. 5.) Da die Vorschriften des § lediglich einen instruktionellen Charakter haben (Bem. I. 2.), hat das Fehlen der Unterschrift der Partei oder des Prozessbevollmächtigten an sich nicht die Wirkung, dass der Schriftsatz nicht zu berücksichtigen ist. Es muss jedoch damit derselbe als vorbereitender Schrift-

[1]) Ueber das Verhältniss zwischen den §§ 121 und 230 hat sich der Verfasser ausführlich ausgesprochen in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. III S. 385 ff.

satz in Betracht kommt feststehen, dass derselbe von der Partei, bezw. ihrem gesetzlichen Vertreter oder Prozessbevollmächtigten ausgeht, was aus dem Vorhandensein der Urschrift in den Parteiakten sowie der vorgeschriebenen Hinterlegung (§ 124) leicht zu ersehen ist. Im Anwaltsprozess muss feststehen, dass derselbe vom Anwalt ausgegangen bezw. genehmigt worden ist da nur dieser das Recht hat, Schriftsätze für die Partei einzureichen und zustellen zu lassen. (Bem. II. 3 zu § 74.)

§ 122.

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluss, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

(E. § 118. M. 443. K. 43.)

1) Die Vorschrift des § steht in engem Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Antretung des Urkundenbeweises (§ 385 ff.). Sie hat darin ihren Grund, dass die Partei sich auf die Vertheidigung gegen eine in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Urkunde nur vorbereiten kann wenn sie vor dem Verhandlungstermine Kenntniss von dem Inhalt der Urkunde erhält und dass sie sich über die Echtheit einer Privaturkunde nur dann sofort nach erfolgter Vorlegung zu erklären vermag wenn sie vor diesem Termine die Einsicht der Urkunde fordern darf.

2) Damit die Verpflichtung zur Mittheilung einer Abschrift und zur Gestattung der Einsicht eintritt, wird vorausgesetzt: dass sich die Urkunde in den Händen der Partei befindet und dass die Partei in dem vorbereitenden Schriftsatz auf die Urkunde Bezug genommen hat. (M. S. 433.) Befindet sich die Urkunde in anderen Händen so kommen die Vorschriften der §§ 386 bezw. 393 ff. zur Anwendung.

3) In der J.-K. wurde der Antrag gestellt, die Worte „in Urschrift oder" zu streichen, „weil die Partei doch nicht dem Gegner die Urschrift beifügen, diese vielmehr nur an das Gericht abgegeben werden könne." Dieser Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem von Amsberg und Kurlbaum erklärt hatten: „Nach der Meinung des Entwurfs solle der Gegner und das Gericht nur Ab-

schriften erhalten, die Urschrift dagegen bei den Akten desjenigen, welcher zustellen lasse, bleiben. Eine abschriftliche Mittheilung der Urkunde sei aber nur dann zu erreichen, wenn bestimmt werde, dass diese Urkunde, sei es in Urschrift oder in Abschrift, der Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes beigefügt werde." (K. 43.) Auch wenn die Partei die betr. Urkunde dem Schriftsatz in Urschrift beifügt erhält sie dieselbe hienach vom Gerichtsvollzieher zurück und der Gegner erhält nur eine Abschrift.

§ 123.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

(E. § 119. M. 443. K. 43.)

1) Die im § normirten Minimalfristen können nach § 204 abgekürzt werden und haben nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung nicht besondere Fristen festgesetzt sind. (M. 443.) Letzteres ist bezüglich der wichtigeren Schriftsätze geschehen, nämlich: hinsichtlich der Klageschrift (§ 234), der Klagebeantwortung (§ 244), der Berufungsschrift und deren Beantwortung (§§ 481 und 484), der Revisionsschrift und deren Beantwortung (§§ 517 und 519) und der Klage- und Beantwortungsschrift bei der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 548 und 549).

2) Die verspätete Zustellung eines Schriftsatzes zieht so wenig wie die gänzliche Unterlassung derselben Rechtsnachtheile in der Sache nach sich sondern kann nur eine Verurtheilung der betr. Partei zu Kosten oder Prozessgebühr zur Folge haben. (M. a. a. O.) Eine besondere Vorschrift über die Zulässigkeit der Vertagung wurde für überflüssig gehalten weil die Vorschriften der §§ 205 und 206 ausreichten und selbstverständlich die Unterlassung der rechtzeitigen Mittheilung eines Schriftsatzes etc. geeignet sein könne, den für den Antrag auf Verlegung oder Vertagung eines Termins erforderlichen, „erheblichen Grund" (§ 202 Abs. 2) abzugeben.

3) Unter dem „anderen neuen Vorbringen", das dem Vorbringen von neuen Thatsachen gleichgestellt ist, sind insbesondere neue Beweismittel zu verstehen. Neue Rechtsausführungen, welche an sich nicht in die vorbereitenden Schriftsätze gehören, begründen kein Recht auf die Frist des § da die Partei

auf rechtliche Einwendungen immer gefasst sein muss und das Gericht in dieser Beziehung an das Vorbringen der Parteien nicht gebunden ist.[1])

Zwischenstreitigkeiten (§ 275) kommen nur insoweit in Betracht, als bei denselben überhaupt eine mündliche Verhandlung stattfindet.

§ 124.

Die Parteien haben eine für das Prozessgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

(E. § 120. M. 443. (zu § 121) K. 43 ff. 49, 524, 663.)

1) Die Vorschrift des §, durch welche „eine sachgemässe Leitung des Verfahrens ermöglicht werden soll" (M. 443), gab in der J.-K. zu lebhaften Debatten Veranlassung. Es wurde wiederholt aber ohne Erfolg die Streichung des §, den man als den Tod des mündlichen Verfahrens bezeichnete, beantragt. Die vorgeschriebene Hinterlegung erstreckt sich nur auf eine Abschrift der Schriftsätze und der denselben beigefügten Urkunden („Anlagen") während die Urschriften regelmässig im Besitz der Partei selbst (bei den Parteiakten) verbleiben. Wird eine Terminsbestimmung nachgesucht (§ 193) oder soll die Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erfolgen (§ 152) so hat die Hinterlegung gleichzeitig mit der zu diesem Zweck vorgeschriebenen (vorübergehenden) Einreichung der betr. Schriftstücke zu erfolgen, während sie in anderen Fällen unmittelbar nach erfolgter Zustellung (§ 173) zu geschehen hat. Werden die Schriftsätze oder Anlagen nicht rechtzeitig hinterlegt so kann dies zur Folge haben, dass der Termin von Amtswegen verlegt wird und die dadurch verursachten Kosten (nach § 90 bezw. 97) der säumigen Partei oder deren Vertreter zur Last gelegt werden oder § 48 G.-K.-G. zur Anwendung kommt. (K. 49.)[2])

§ 125.

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden,

[1]) V. auch Struckmannn-Koch III. Aufl. S. 112; von Sarwey Bd. I S. 212. A. M. ist Endemann I S. 461 und anscheinend auch Gaupp I S. 358.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 113; Seuffert S. 127; Gaupp I S. 360; O.-L.-G. Dresden 12. Mai 1880 Annalen dieses Gerichts I S. 455 ff. A. M. ist Wach, Vorträge S. 26.

auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

§ 126.

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

(E. §§ 121 u. 122. M. 443. K. 49 u. 50.)

1) Die auf den Parteiprozess wie auf den Anwaltsprozess bezügliche, dem Art. 388 des französischen Code de procédure nachgebildete Vorschrift des § 125 soll eine Beschleunigung des Verfahrens herbeiführen. (M. 443.) Wie die Vorschrift des § 122 dem Gegner die Erklärung über den Inhalt der betr. Urkunde ermöglicht so wird derselbe durch die Bestimmung dieses § in die Lage gesetzt, sich bei der mündlichen Verhandlung sofort über die Aechtheit der in Frage stehenden Urkunden zu erklären. Auf die nach § 76 in Urschrift zu den Gerichtsakten zu übergebende und bei denselben verbleibende Vollmacht findet § 125 keine Anwendung. [1]) Die Verpflichtung zur Hinterlegung ist nur dann begründet, wenn die betr. Partei hiezu vom Gegner rechtzeitig aufgefordert wurde. Ob die Aufforderung, welche schriftlich zu geschehen hat, im Parteiprozess (nach § 463) aber auch durch Erklärung vor dem Gerichtsschreiber und Zustellung derselben erfolgen kann, „rechtzeitig" geschehen ist, muss nach den Umständen beurtheilt werden.

Weder die Unterlassung der rechtzeitigen Aufforderung noch die der Einsichtnahme der hinterlegten Urkunden innerhalb der gesetzlichen Frist hat sachliche Rechtsnachtheile zur Folge. Wenn durch das Verschulden einer Partei oder des Vertreters derselben die Verlegung eines Termins etc. nothwendig wurde hat

1) A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 162.

die Partei jedoch (nach § 90) die hiedurch veranlassten Kosten zu tragen und kann § 97 zur Anwendung gebracht werden. Ebenso kann im Falle einer Vertagung oder Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung § 48 G.-K.-G. Anwendung finden.

2) Die durch § 126 für den Verkehr unter Rechtsanwälten gestattete Mittheilung „von Hand zu Hand", durch welche die Urkunden in den Besitz des Gegenanwalts gelangen, hat in den besonderen Garantien ihren Grund, welche die Anwälte durch ihre Stellung gewähren und kann desshalb auch im Parteiprozess Anwendung finden wenn beide Theile durch Anwälte vertreten sind. (V. auch § 181.) Ob ein Rechtsanwalt von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch machen und seinem Kollegen die betr. Urkunden gegen Empfangsbescheinigung anvertrauen will steht in seinem Belieben. „Um diese direkte Mittheilung zu fördern, da dieselbe aus äusseren und inneren Gründen der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei vorzuziehen ist", sind für den Fall der Verzögerung strenge Bestimmungen getroffen. Gibt der betr. Rechtsanwalt innerhalb der vom Gegner sofort oder in einer späteren Aufforderung festgesetzten Frist die ihm anvertraute Urkunde nicht zurück so kann dieser in einem besonderen, als Zwischenstreit mit einem Dritten zu behandelnden Verfahren die Verurtheilung desselben zur Herausgabe der Urkunde beantragen. Erfolgt diese so steht dem Anwalt zwar das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 540) zu; diese hat aber (nach § 535) keine aufschiebende Wirkung. Auf eine in der J.-K. gestellte Anfrage: „ob ein Anwalt, der entgegen dem Wunsche seiner Partei, in Gemässheit dieses § dem Gegner eine Urkunde im Original mittheile, durch die Vorschriften desselben der Haftung enthoben sei wenn die Urkunde zu Verlust gehe", erklärte vom Amsberg ohne Widerspruch zu erfahren: „§ 126 habe nur prozessuale Bedeutung und berühre das Verhältniss zwischen Anwalt und Partei in keiner Weise." (K. 50.) Ungeachtet dieser Erklärung ist aber anzunehmen, dass der Anwalt wenn ihm nicht ein besonderes Verschulden z. B. eine Zuwiderhandlung gegen den deutlich ausgesprochenen Willen der Partei nachgewiesen ist, für den durch die Mittheilung an den Kollegen entstandenen Verlust der Urkunde nicht haftet, sondern die Partei sich an den Gegenanwalt halten muss. Auf seine eigene Gefahr dem Gegenanwalt die Urkunde mitzutheilen, wäre der Rechtsanwalt auch ohne die Vorschrift des § berechtigt gewesen; es kann also dieser § keinen anderen Sinn haben, als dass die in Frage stehende Art der Mittheilung im Allgemeinen als erlaubt erklärt und dadurch der Anwalt gegen den Vorwurf, er habe widerrechtlich gehandelt, geschützt werden soll. [1]) Liegen die Verhältnisse so, dass es in dem besonderen Falle unvorsichtig war, die Urkunde dem Gegenanwalt anzuvertrauen, so kann dadurch eine Haftbarkeit begründet werden.

§ 127.

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 115. A. M. sind: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 162.

Er ertheilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schliesst die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.

(E. § 123. M. 443. K. 50.)

1) Durch § 127 werden die Befugnisse des Vorsitzenden bezw. Amtsrichters in Beziehung auf die Prozessleitung geregelt und zwar sowohl bezüglich der formellen als hinsichtlich der materiellen Behandlung der Sache. In der ersten Richtung kommen noch die §§ 177 ff. G.-V.-G. in Betracht, welche sich mit der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung beschäftigen. In Beziehung auf die sachliche Leitung ist auch § 130 von Bedeutung.

2) Der Vorsitzende hat die durch den Aufruf der Sache eingeleitete Verhandlung zu eröffnen und zu schliessen, kann jedoch den Schluss erst dann vornehmen wenn die Sache nach Ansicht des Gerichts vollständig erörtert ist. Falls Meinungsverschiedenheit hierüber besteht kann die Mehrheit der Richter beschliessen, dass die Verhandlung geschlossen werden solle. Jedoch kann (nach § 142) die Verhandlung wieder aufgenommen werden. Der Schluss der Verhandlung, der für die Frage ob Versäumniss einer Partei vorliegt entscheidend ist (§§ 197 und 209), wird in der Regel durch eine ausdrückliche Erklärung des Vorsitzenden ausgesprochen. Ist eine solche nicht erfolgt so muss die Verhandlung als geschlossen gelten wenn die Verkündung des Urtheils begonnen oder sich das Gericht zum Zweck der Berathung zurückgezogen hat oder eine andere Sitzung für die Verkündung festgesetzt wurde. Die Bestimmung dieser Sitzung erfolgt durch den Vorsitzenden. (Bem. II. 2. zu §§ 205 und 206.)

3) Diesem steht die formelle Leitung der Verhandlung zu; er hat allein das Wort zu ertheilen und kann dasselbe entziehen wenn seinen Anordnungen nicht Folge geleistet wird. Auch ist es seine Sache, dafür zu sorgen, dass keine Unterbrechung der Verhandlung bezw. der zum Wort zugelassenen Partei stattfindet. Diese Befugnisse stehen ihm auch den Rechtsanwälten und Gerichtsmitgliedern gegenüber zu. Die Massregeln, welche die §§ 178 ff. des G.-V.-G. im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung zulassen, werden vom Gericht beschlossen; der Vorsitzende hat aber die betr. Beschlüsse zu verkünden und für deren Vollstreckung zu sorgen. (§ 181 G.-V.-G.) Auch hat er die in der Sache ergehenden Urtheile in der in § 282 vorgeschriebenen Weise zu verkünden und überhaupt alle Anordnungen des Gerichts als dessen Organ zur

Kenntniss der Parteien zu bringen. Die Entziehung des Worts, welche nur im Falle der Nichtbefolgung der Anordnungen des Vorsitzenden erfolgen kann, ist nicht mit der in § 143 vorgesehenen Untersagung des weiteren Vortrags zu verwechseln. Es kann demjenigen, dem das Wort entzogen wurde dasselbe später wieder ertheilt werden; desshalb wird auch in der Regel in Folge der Entziehung des Worts ein Versäumnissurtheil nicht ergehen können. Wenn die Entziehung des Worts in der Weise erfolgt, dass dadurch jede weitere Erklärung abgeschnitten wird oder der dadurch Betroffene freiwillig von der Betheiligung an der Verhandlung absteht, kann dieselbe aber ebenso wirken wie die Entfernung der Partei. (§ 144.) [1])

4) Dem Vorsitzenden ist auch die sachliche Leitung der Verhandlung übertragen; er hat sich also den Parteien gegenüber nicht passiv zu verhalten (Bem. 3 zu § 119) sondern dafür zu sorgen, dass die Sache in erschöpfender Weise erörtert wird. Bezüglich der Art und Weise, in welcher dies zu geschehen hat, sind die Vorschriften des § 130 massgebend. Es sind aber nicht bloss Fragen gestattet sondern können auch Hinweisungen auf Lücken oder Unklarheiten in den Darstellungen der Parteien mit denselben verbunden werden oder selbständig erfolgen. (Bem. 2 zu § 130.) Dem Amtsrichter sind durch § 464 noch weitergehende Befugnisse eingeräumt indem derselbe dahin zu wirken hat, dass die Parteien die sachdienlichen Anträge stellen. Auch soll derselbe (nach § 465) den Beklagten vor der Verhandlung zur Hauptsache auf die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts aufmerksam machen.

§ 128.

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, dass die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniss in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Ein Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalte auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

(E. § 124. M. 444. K. 50 u. 523.)

1) Ehe die eigentliche Verhandlung beginnt, haben beide Parteien ihre Anträge (petita) zu stellen und zwar hat dies im Anwaltsprozess durch Verlesung

[1]) V. Wach, Vorträge S. 53; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 163.

derselben aus den vorbereitenden Schriftsätzen zu geschehen (§ 269). Sodann ist das Streitverhältniss von den Parteien bezw. deren Vertretern vorzutragen. Eine Darlegung desselben durch einen vom Gericht ernannten Berichterstatter ist ausgeschlossen. Das Gesetz geht von der Auffassung aus, dass es immer möglich sein werde, die Streitsache durch die mündliche Verhandlung klar zu stellen und kennt desshalb ein ausserordentliches Verfahren für besonders verwickelte Fälle nicht. Nur für Rechnungssachen und dergl. ist in den §§ 313 ff. ein vorbereitendes Verfahren vorgesehen. Bezüglich des mündlichen Vortrags, der nach § 143 den Parteien und den Bevollmächtigten, die nicht Rechtsanwälte sind falls die Fähigkeit dazu fehlt, untersagt werden kann ist zunächst vorgeschrieben, dass derselbe in freier Rede zu halten ist. Ein Ablesen der Schriftsätze ist sonach nicht gestattet. (M. 444.) Ausserdem ist die Bezugnahme auf Schriftstücke insoweit ausgeschlossen als sie die mündliche Verhandlung ersetzen soll. In der J.-K. stellte Wolffson um zu verhüten, dass auch umfangreiche, schwer verständliche Schriftstücke immer verlesen werden müssten den Antrag, in Abs. 3 nach „unzulässig" hinzuzufügen: „ausser, wenn sich der Inhalt derselben nicht zu mündlicher Mittheilung eignet". Derselbe wurde jedoch abgelehnt, nachdem von Amsberg bemerkt hatte: „Abs. 3 bezwecke hauptsächlich, es zu vermeiden, dass eine Partei oder deren Anwalt vor Gericht erscheine, ein Schriftstück herausziehe und sich darauf beschränke, den Richter auf dieses Schriftstück als seine Erklärung zu verweisen. Die Worte „statt mündlicher Verhandlung" liessen deutlich erkennen, dass es der Intention des Entwurfs nicht entspreche, jegliche Bezugnahme auf ein Dokument abzuschneiden. Es sei dem richterlichen Ermessen überlassen, wie weit hierin gegangen werden dürfe." (K. 50.)

2) Durch die Vorschrift des Abs. 4 wird den Parteien das Recht gesichert, auch im Anwaltsprozess „jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen beizuwohnen und die Vorträge der Anwälte zu beaufsichtigen, zu ergänzen und zu berichtigen." (Bem. I. zu § 74 ff.) Der neben dem Anwalt erschienenen Partei muss wenn sie es verlangt das Wort ertheilt werden. Das Gericht, dem das Recht zusteht, das persönliche Erscheinen der Parteien zu verordnen (§§ 132 und 268) kann aber die freiwillig erschienene Partei auch von Amtswegen zu Erklärungen auffordern, bezw. Fragen an sie richten. Der Partei steht hier deren gesetzlicher Vertreter gleich. (Bem. II. zu § 50.) Dagegen hat ein Bevollmächtigter derselben keinen Anspruch darauf, gehört zu werden. In der J.-K. erklärte von Amsberg: „Weder ein General- noch ein Spezialbevollmächtigter könne jemals als Partei im Sinne dieses § gelten." (K. 525.) [1]) Auf den Parteiprozess bezieht sich die Vorschrift des Abs. 4 nicht. In demselben ist jedoch die Partei stets berechtigt, neben ihrem Bevollmächtigten das Wort zu ergreifen. Durch die Vollmachtertheilung verzichtet dieselbe nicht auf das Recht, die Sache selbst vorzutragen; auch kann sie die Vollmacht in jedem Augenblick widerrufen und beschränken. [2])

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 117; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 165. A. M. ist hinsichtlich des Generalbevollmächtigten von Bülow S. 79.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 117; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 165; von Sarwey I S. 220; Gaupp I S. 367. A. M. ist Seuffert S. 132.

§ 129.

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

(E. § 125. M. 444. K. 50 ff. 525 ff.)

1) Die C.-P.-O. kennt einen Einlassungszwang oder eine Einlassungspflicht als Rechtspflicht nicht sondern stellt es in das Belieben des Verklagten, ob er sich gegen die Klage vertheidigen will oder nicht; ja sie gibt für die Fälle, in welchen der Beklagte voraussichtlich doch nicht erscheinen würde, dem Kläger im Mahnverfahren ein besonderes, einfacheres Versäumnissverfahren an die Hand. [1]) In § 129 wird aber für die bei der mündlichen Verhandlung erschienenen Parteien die Regel aufgestellt, dass sie sich über alle Behauptungen des Klägers zu erklären haben. Diese Verpflichtung ist im Gesetz nur in allgemeiner Weise ausgesprochen worden weil bezüglich der Frage, ob derselben genügt wurde und insbesondere ob eine allgemeine Erklärung bezüglich einer ganzen Gruppe von Thatsachen als ausreichend erscheint oder ein Eingehen auf die einzelnen Punkte erforderlich ist, doch für die freie Würdigung des Gerichts ein weiter Spielraum gelassen werden musste. In den Motiven wurde in dieser Beziehung bemerkt: „Ob ein allgemeines Ableugnen für ausreichend zu halten ist, muss im einzelnen Falle der Würdigung des Gerichts überlassen bleiben. Dass ein allgemeines Zugeständniss der speziellen Erklärung über die einzelnen Thatsachen überhebt, bedurfte keines besonderen Ausspruchs.“ (M. 444.) Auch wurde der Antrag: „Jede Partei hat sich, den Fall des allgemeinen Zugeständnisses ausgenommen, über die vom Gegner behaupteten Thatsachen bestimmt zu erklären“ von der J.-K. (51) abgelehnt. Die Vorschrift hat sofern vom Fragerecht der richtige Gebrauch gemacht wird nur eine theoretische Bedeutung denn es liegt in der Hand des Gerichts, bezüglich der für die Beurtheilung entscheidenden Thatsachen

[1]) V. auch Bülow im Archiv für civilist. Praxis Bd. 62 S. 11 ff.; Schultze, das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 145 ff.; Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 135 und 139; ferner die Ausführungen des Verfassers in dieser Zeitschrift J. III S. 221 ff. und 257—262. Das Bestehen eines Einlassungszwangs wird besonders von Degenkolb (Einlassungszwang und Urtheilsnorm) und von Wach in der Abhandlung „Defensionspflicht und Klagerecht“ (Grünhut Bd. VI S. 517) behauptet.

nöthigenfalls durch Anordnung des persönlichen Erscheinens (§§ 132 und 268) eine bestimmte Erklärung herbeizuführen oder falls die Partei einer solchen ausweichen will dies derart festzustellen, dass daraus zutreffende Schlüsse gezogen werden können. Solche ausweichende Erklärungen nach Möglichkeit zu verhindern ist der Zweck des Abs. 3, für den zunächst die Behauptung des Gegners entscheidend ist. Stellt dieser selbst nicht auf, dass die Partei eine Handlung vorgenommen oder wahrgenommen habe so kann diese erklären, sie vermöge die behaupteten Thatsachen weder zuzugeben noch ausdrücklich zu verneinen weil sie von denselben nichts wisse und es gilt eine solche Erklärung als genügende Bestreitung im Sinne des Gesetzes. Dagegen ist im entgegengesetzten Falle eine derartige Erklärung nicht zulässig; vielmehr muss die Partei die betr. Behauptungen bestreiten wenn nicht ihre Erklärung als Zugeständniss gelten soll. Auch in diesem Falle steht aber der Partei das Recht zu, ihre Bestreitung damit zu begründen, dass sie von der Vornahme bezw. Wahrnehmung der Handlung nichts wisse. Eine derartige Erklärung ist nicht immer als Zugeständniss anzusehen, sondern sie kann als solches nur aufgefasst werden wenn nach den Umständen des Falles die Partei in der Lage sein muss, sich des Vorfalls bestimmt zu erinnern und falls sie wirklich nichts von der Sache weiss die Behauptungen des Gegners zu verneinen. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus den Vorschriften des § 424 wie aus den Verhandlungen in der J.-K., in welcher man darüber einig war, dass die Partei häufig ihre Erklärung nicht anders abgeben könne, als dass sie von der behaupteten Thatsache nichts wisse und dieselbe desshalb nicht zugestehen könne. (K. 50, 51, 525, 526.) [1]

2) Bezüglich der Frage, welche Nachtheile eintreten sollen wenn sich eine Partei nicht gemäss Abs. 1 bezw. Abs. 3 über die Behauptungen des Gegners erklärt hat wurde bei Aufstellung des Entwurfs erwogen ob es nicht geboten sei, dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu gewähren und dem entsprechend zu bestimmen, dass die nicht ausdrücklich bestrittenen Thatsachen für zugestanden erachtet werden können. Man entschied sich aber für das „Präjudiz der affirmativen Litiskontestation in der dem Gesetz zu Grund liegenden Fassung." (M. S. 444.) In der J.-K. wurde der Antrag: „Ob eine nicht ausdrücklich bestrittene oder unstatthafter Weise mit Nichtwissen beantwortete Thatsache für zugestanden oder bestritten zu erachten sei, hat das Gericht nach den Umständen zu entscheiden" abgelehnt. (K. 525 und 526.) Da es nach Abs. 2 lediglich darauf ankommt ob die Partei die Absicht kundgegeben hat, die betr. Thatsache zu bestreiten und der eine Verschärfung der Vorschrift bezweckende Antrag von Klotz abgelehnt wurde (v. Bem. I. 2) ist übrigens der freien Würdigung des Gerichts immer noch ein grosser Spielraum gewährt. Die Verpflichtung zur Erklärung bezüglich der Echtheit von Privaturkunden und der zugeschobenen Eide ist in den §§ 404 und 417 geregelt. Von der Vorschrift des § abweichende Bestimmungen enthalten die §§ 577, 611, 620, 624, welche sich auf das Verfahren in Ehe- und Entmündigungs-Sachen beziehen.

[1]) V. auch Seuffert S. 132; Puchelt I S. 387, 388. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 118; von Sarwey I S. 222; Endemann I S. 473; Gaupp I S. 370.

3) Nach dem Grundsatze, dass eine Verhandlung, mag sie sich auch auf mehrere Termine erstrecken, immer als ein Ganzes gilt tritt das Präjudiz des Zugeständnisses erst mit dem Schlusse derjenigen Verhandlung ein, auf welche die Entscheidung erfolgt, Solange ein neuer Termin oder eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Möglichkeit einer Verhandlung gewährt, können die bisher nicht bestrittenen Thatsachen noch bestritten werden. (M. S. 444.) Einer besonderen Begründung des Widerrufs wie bei dem ausdrücklichen gerichtlichen Geständniss bedarf es bei der Nachholung einer Bestreitung nicht, da § 263 hier keine Anwendung findet. [1]) In der Berufungsinstanz können die in erster Instanz unterbliebenen Erklärungen nach § 493 nachgeholt werden.

§ 130.

Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, dass unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

(E. § 126. M. 444 u. 445. K. 51 ff. 196, 526 ff.)

1) Der C.-P.-O. liegt die Auffassung zu Grund, „dass die Mündlichkeit des Verfahrens ihre Vorzüge in vollem Umfange nur in Verbindung mit einem ausgedehnten und scharf durchgeführten Prozessleitungsamte entfalten könne" und dass insbesondere der Vorsitzende sich nicht darauf beschränken dürfe, die Vorträge der Parteien anzuhören sondern die Verhandlung zu leiten und auf dieselbe fördernd einzuwirken habe. (M. 444 und Bem. 3 zu § 127, sowie Bem. 3 zu § 119.) Als Mittel, um auf eine erschöpfende Erörterung der Sache hinwirken zu können, räumt § 130 dem Vorsitzenden wie dem Gerichte ein umfassendes Fragerecht ein. Dass diesem Rechte auch die Verpflichtung entspreche, bei gegebener Veranlassung die nöthigen Fragen zu stellen, war schon in den Motiven hervorgehoben worden. Um jeden Zweifel bezüglich dieser Auffassung auszuschliessen, wurde auch das im Entwurf enthaltene Wort „kann" durch die gebietende Form „hat zu" ersetzt. (K. 51—53.) Dass sich die Vorschrift des § auch auf das Verfahren vor den Amtsgerichten bezieht, ergibt sich aus § 456 sowie daraus, dass der ganze Titel allgemeine Vorschriften über das mündliche

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 118; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 166. A. M. ist Puchelt Bd. I S. 388.

Verfahren enthält. (K. 196.) Nach den §§ 464 und 465 stehen übrigens dem Amtsrichter noch weiter gehende Befugnisse zu.

2) In welcher Richtung von dem Fragerecht Gebrauch zu machen ist, ergibt sich zunächst aus den Vorschriften der §§ 127, 128 und 130 Abs. 1. Die Parteien sollen (nach § 128) das Streitverhältniss in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung darlegen und der Vorsitzende hat dafür zu sorgen, dass dies in vollständiger Weise geschieht. Hienach ist auf Lücken in der Darstellung, in der Bezeichnung der Beweismittel etc. hinzuweisen und die Ergänzung desselben anzuregen. Dass dies nicht im Wege eines förmlichen Verhörs zu geschehen hat, ist selbstverständlich. Auch ist im Auge zu behalten, dass die C.-P.-O. nicht auf dem Boden der Untersuchungsmaxime sondern auf dem der Verhandlungsmaxime steht es sich also immer nur darum handelt, den wahren Willen einer Partei zu ermitteln, nicht aber denselben zu ergänzen oder zu beeinflussen. Auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken ist hienach nicht Sache des Vorsitzenden. Vielmehr ist eine derartige Aufgabe nur dem Amtsrichter zugewiesen. (§ 464.) Thatsachen, welche die Partei ungeachtet der an sie gestellten Fragen nicht vorgebracht hat sowie Angriffs- und Vertheidigungsmittel bezw. Beweismittel, welche dieselbe geltend zu machen unterliess, können nicht berücksichtigt werden. Eine Abweisung der Klage bez. Widerklage „wegen mangelnder Substantiirung" kennt die C.-P.-O. nicht. Vielmehr sollen die Mängel bezüglich der Begründung nach Abs. 1 des § in der mündlichen Verhandlung beseitigt werden und ist es Sache der Prozessleitung, auf diese Beseitigung hinzuwirken. Kann oder will die Partei die zur Begründung ihres Begehrens erforderlichen Ergänzungen nicht vornehmen, so ist die Klage bezw. Widerklage nicht „angebrachter Massen", sondern „als unbegründet", also definitiv abzuweisen. Dieser Grundsatz gilt übrigens nicht bloss für das kontradiktorische, sondern auch für das Versäumnissverfahren.[1]) Dass die Klage aus anderen Gründen insbesondere zufolge einer prozesshindernden Einrede oder wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozessart „in der angebrachten Art" abgewiesen werden kann, ist unzweifelhaft. (Bem. II. 2 zu § 247 ff..)

3) Auf die Bedenken, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten hat der Vorsitzende besonders aufmerksam zu machen, da die Partei diese Bedenken in vielen Fällen zu beseitigen vermag oder die Klage bezw. Widerklage zurückziehen kann. Zu diesen Punkten gehören: die Unzuständigkeit des Gerichts, welche nicht durch Vereinbarung beseitigt werden kann (§ 40 Abs. 2), der Mangel der Prozessfähigkeit etc. oder der Vollmacht im Parteiprozess (§§ 54 und 84), sowie die Frage ob der Einspruch, die Berufung oder Revision an sich statthaft und ob sie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt sind (§§ 306, 497 und 529).

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 119; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 167; Seuffert S. 134; von Sarwey I S. 223; Gaupp I S. 373; ferner Struckmann in Busch's Zeitschrift für Civilprozess J. III S. 224 ff. A. M. sind Westerburg in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 24 (N. F. Bd. IV) S. 186 ff. und Wach, Vorträge S. 55.

4) Die Ausübung des Fragerechts ist in erster Linie dem Vorsitzenden übertragen; aber auch die Beisitzer haben das Recht, wenn die Sache nicht vollständig aufgeklärt ist oder Bedenken der in Abs. 2 erwähnten Art bestehen unmittelbar Fragen an die Parteien zu richten. Nur müssen sich dieselben an den Vorsitzenden wenden, damit er, der die Verhandlung zu leiten hat, ihnen das Wort ertheile. Auch hat dieser zu bestimmen, wann der Zeitpunkt zur Stellung der Frage gekommen ist. Beanstandet der Vorsitzende die Zulässigkeit der gestellten Frage, wozu er berechtigt ist, so hat nach § 131 das Gericht zu entscheiden. (Bem. 2 zu diesem §.) Ob der Vorsitzende seine auf die Sachleitung bezüglichen Befugnisse einem Gerichtsmitgliede übertragen könne, wurde in der J.-K. weitläufig erörtert. Ein Antrag, nach welchem festgestellt werden sollte, dass diese Uebertragung gestattet sei, wurde abgelehnt. (K. 51—53, 136—139.)

5) Bezüglich der Frage, welche Folgen eintreten wenn eine Frage nicht oder in ungenügender Weise beantwortet wird, wurde in den Motiven (444) gesagt: „Ein Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer gestellten Frage hat der Entwurf nicht aufgestellt, vielmehr dem Gerichte überlassen, nach freier Ueberzeugung (§ 259) zu entscheiden, welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung zu ziehen sind.“ Auch entspricht diese Auffassung, die auch dann zutrifft wenn eine Partei ungeachtet der Anordnung des Gerichts nicht erscheint, dem Geist des Gesetzes.

§ 131.

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitglied gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

(E. — M. — K. 136—139, 663—665 und Sitzung v. 8. Nov. 1876 S. 1 u. 2.)

1) Die Vorschrift des § wurde auf Antrag von Bähr in die C.-P.-O. aufgenommen. Zur Begründung seines Antrags bemerkte dieser: „derselbe gebe dem Gedanken Ausdruck, dass der Vorsitzende seine die Sachleitung in der mündlichen Verhandlung betreffenden Befugnisse — und nur um diese Rechte handle es sich hier — als präsumtiver Bevollmächtigter des Gerichts, nicht kraft eigener Machtvollkommenheit ausübe.“ Bei der ersten Lesung wurde dieser Antrag lebhaft bekämpft. Bei der zweiten Lesung wurde der von den Regierungen erhobene Widerspruch aufrecht erhalten; nun bemerkte aber von Amsberg: „Auch nach Ansicht der Regierungen sei der Vorsitzende nur das Organ des Gerichts; eine Differenz bestehe bloss insofern, als der Entwurf diesem Organ eine freiere Stellung einräume, als die Kommission ihm gewähren wolle. Die von der J.-K. angenommene Vorschrift wurde aufrecht erhalten und nur die Anfechtung auf den Fall der „Unzulässigkeit“ beschränkt. (K. a. a. O.)

2) Die Vorschrift des § beschränkt den Vorsitzenden bezüglich des ihm zustehenden Prozessleitungsamtes (§ 127), ausserdem aber sowohl diesen als die übrigen Gerichtsmitglieder hinsichtlich des durch das Gesetz eingeräumten Fragerechts (§ 130). Im Falle einer Beanstandung steht dem Kollegium die Entscheidung zu. Diese Beanstandung erstreckt sich aber nicht auf die Frage, ob die vom Vorsitzenden getroffene Anordnung als angemessen bezw. die gestellte Frage als erheblich erscheint; vielmehr kann ein Widerspruch nur dann erhoben und eine Entscheidung des Gerichts nur dann veranlasst werden wenn die angefochtene Anordnung bezw. Frage „unzulässig“, d. h. gesetzlich unstatthaft ist. Dass unter „Zulässigkeit“ nichts Anderes als „gesetzliche Zulässigkeit“ zu verstehen sei, wurde in der J.-K. allseitig anerkannt. (K. 664.) Unter den „bei der Verhandlung betheiligten Personen“, denen das Recht der Beanstandung zusteht sind zunächst die Parteien selbst bezw. deren gesetzliche Vertreter und Prozessbevollmächtigte zu verstehen; zur Beanstandung sind aber auch die bei der Entscheidung mitwirkenden Richter berechtigt und zwar gleichviel ob eine Anordnung bezw. Fragestellung des Vorsitzenden in Frage steht oder ob ein Beisitzer vom Fragerecht Gebrauch macht. (Bem. 4 zu § 130.)[1] Auch die Zeugen und Sachverständigen sind hinsichtlich der ihnen vorgelegten Fragen als Betheiligte anzusehen.[2] Soweit es sich um die Prozessleitung durch den Vorsitzenden handelt, können demnach alle Anordnungen, welche derselbe auf Grund der ihm durch § 127 und 130 eingeräumten Befugnisse trifft, beanstandet werden. Zu diesen Anordnungen gehört die auf Grund des § 127 Abs. 2 erfolgende Entziehung des Worts, welche in der Befugniss zur „sachlichen Leitung“ ihren Grund hat. Dagegen steht die Handhabung der Sitzungspolizei (nach § 177 G.-V.-G.) dem Vorsitzenden ausschliesslich zu und werden die Befugnisse, welche sich nicht auf die Leitung der mündlichen Verhandlung beziehen z. B. das Recht der Terminsbestimmung durch die Vorschrift des § nicht berührt. (V. §§ 125 Abs. 2, 127 Abs. 3, 193 Abs. 2, 204 Abs. 3, 31, 666, 822.)

§ 132.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

(E. — M. 444. K. 52—54, 526 u. 527.)

1) Nach der Vorschrift des durch die J.-K. eingeschalteten § kann das Gericht in jedem Stadium des Prozesses das Erscheinen beider Parteien oder auch nur einer derselben in der Gerichtssitzung anordnen und zwar gleichviel ob dadurch die Aufklärung an sich verworrener thatsächlicher Verhältnisse erwartet wird oder die Ansicht besteht, dass das Vorbringen der Prozessbevoll-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 121; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 169; Seuffert S. 134; von Sarwey I S. 224; von Bülow S. 82. A. M. sind Endemann I S. 476; Gaupp I S. 375; Kleiner I S. 524.

[2]) V. Seuffert S. 135; von Sarwey I S. 224; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 169; A. M. ist von Bülow S. 82.

mächtigten nicht dem Willen der Parteien entspreche.[1]) Auch kann die Anordnung gleichzeitig einen Sühneversuch (nach § 268) bezwecken. Das persönliche Erscheinen kann nur vom erkennenden Gericht, nicht vom Vorsitzenden oder einem beauftragten oder ersuchten Richter angeordnet werden. Der § bezieht sich nach seiner Stellung nur auf die mündliche Verhandlung. Auch wurde ein Antrag, nach welchem die Befragung durch ein Mitglied des Prozessgerichts oder einen Amtsrichter gestattet sein sollte, in der J.-K. (K. 52—54) abgelehnt. Es kann sonach auf Grund des § nur das persönliche Erscheinen der Parteien in der Sitzung des erkennenden Gerichts, nicht das Erscheinen vor dem beauftragten Richter angeordnet werden. Eine analoge Anwendung des § 268 ist ausgeschlossen, da der Grund beider Vorschriften ein ganz verschiedener ist.[2])

2) Unter den „Parteien", deren Erscheinen angeordnet werden kann sind, wie in der J.-K. ohne Widerspruch bemerkt wurde, „nur solche Personen, welche über den Prozess zu verfügen und gegebenen Falles zu schwören haben" (K. 54), also falls die Parteien selbst nicht prozessfähig sind, auch die „gesetzlichen Vertreter" (v. Bem. II zu § 50) zu verstehen.[3]) Das Erscheinen eines General- oder Spezial-Bevollmächtigten kann auch dann nicht angeordnet werden wenn feststeht, dass der Prozessbevollmächtigte lediglich von ihm instruirt wird und er die nöthige Aufklärung geben ja über den Prozess verfügen kann.

3) Wie für den Fall der Nichtbeantwortung einer vom Gericht gestellten Frage (v. Bem. 5 zu § 130) so ist auch für den Fall, dass eine Partei sich ungeachtet der Anordnung des Gerichts nicht in der Sitzung einfindet ein bestimmter Rechtsnachtheil nicht angedroht. Es hat demnach das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden, zu welchen Schlüssen das Nichterscheinen berechtigt. (K. 52 u. 53.)

§ 133.

Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, dass die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, dass von den in fremder Sprache abgefassten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.

[1]) V. dagegen Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 170.

[2]) So auch Seuffert S. 136; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 121; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 170; Endemann I S. 477; Hellmann I S. 432; Gaupp I S. 376; Bolgiano S. 48 Anm. 7. A. M. ist Puchelt Bd. I S. 393.

[3]) V. auch: Kleiner I S. 526; Gaupp I S. 377; von Bülow S. 82. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 121; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 170.

§ 134.

Das Gericht kann anordnen, dass die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

§ 135.

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

(E. §§ 127—129. M. 445. K. 54.)

1) Die Vorschriften der §§ geben weil das Fragerecht vielfach nicht ausreicht, um das Sachverhältniss klarzustellen dem Gerichte weitere Befugnisse, welche in gleicher Weise wie das Fragerecht darauf abzielen, demselben die für seine Entscheidung nöthige Grundlage zu verschaffen. (M. 445.) Von diesen Befugnissen kann das Gericht in jedem Stadium des Prozesses von Amtswegen Gebrauch machen, um das Sachverhältniss klar zu stellen. Ein besonderer Rechtsnachtheil ist für den Fall der Nichtbefolgung der gerichtlichen Anordnungen nicht angedroht. Es kommt also auch hier der bei §§ 130 und 132 erörterte Grundsatz zur Anwendung.

2) (§ 133.) Die Vorlage von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen kann das Gericht in unbeschränkter Weise anordnen also wenn solche nicht schon existiren einer der Parteien aufgeben, dass sie solche anfertigen lasse. [1]) Dagegen kann die Vorlage von „Urkunden“ zum Zweck der Aufklärung des Gerichts — die Vorschrift des § 125 hat die Instruktion des Gegners im Auge — im Allgemeinen nur angeordnet werden wenn sich dieselben in den Händen einer Partei befinden und diese sich darauf bezogen hat. Wurde von einer Partei auf ihre Handelsbücher Bezug genommen so muss sie diese wenn es angeordnet wird ebenso wie jede andere Urkunde vorlegen; es ist jedoch nach Massgabe des durch die J.-K. aufrecht erhaltenen Art. 38 H,-G.-B. zu verfahren und geeigneten Falles ein Auszug zu fertigen. Befinden sich die Handelsbücher an einem ausserhalb des Gerichtsbezirks gelegenen Orte so ist das Gericht da Art. 39 H.-G.-B. (durch § 13, Z. 2, E.-G.) aufgehoben wurde nicht mehr gezwungen, in der durch diesen Art. vorgeschriebenen Weise zu verfahren. Nach Analogie des § 399 wird es aber, „wenn die Vorlegung der Urkunde wegen

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 122; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 171; Seuffert S. 136; Kleiner I S. 528; Gaupp I S. 377.

erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniss des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint" gestattet sein, die Vorlegung vor einem anderen Gerichte zu verordnen. (M. S. 593.) Auch wird das Gericht einen Sachverständigen ernennen und diesem aufgeben können, sich über den Inhalt der Handelsbücher gutachtlich zu äussern, bezw. einen Auszug anzufertigen. Dass die Vorlage des Tagebuchs eines Handelsmäklers auch dann angeordnet werden kann wenn es sich nicht im Besitze einer Partei befindet, ergibt sich aus dem in Kraft gebliebenen Art. 79 Abs. 1 H.-G.-B.

3) (§ 134.) Die Vorschrift des § 134 bezieht sich auf die Handakten der Parteien namentlich der Rechtsanwälte, in welchen die Beweisurkunden, Zustellungsakten u. s. w. aufbewahrt werden. Ein Antrag von Bähr, dem § 134 hinzuzusetzen: „desgleichen, dass Gerichtsakten, auf welche die Parteien Bezug genommen, eingezogen werden," wurde von der J.-K. abgelehnt, nachdem von Amsberg erklärt hatte: „dass § 384 des Entwurfs (§ 397) dasjenige, was der Antrag bezwecke, bereits ermögliche. Allerdings sei Partei-Antrag vorausgesetzt; aber von solchem abzusehen, sei dem Prinzipe des Prozesses nicht entsprechend." (K. 54.)

4) (§ 135.) Die Anordnung der Einnahme des Augenscheins oder der Begutachtung durch Sachverständige zum Zweck der Aufklärung des Gerichts wird in der Regel schon bei der ersten Verhandlung erfolgen; es kann aber diese Massregel in jedem Stadium des Prozesses nachgeholt werden. Vor der mündlichen Verhandlung können die §§ 133—135 nicht zur Anwendung kommen. [1]) Bezüglich des Verfahrens sind die §§ 336 ff. und 367 ff. massgebend. Es kann hienach angeordnet werden, dass bei der Einnahme des Augenscheins die Zuziehung von Sachverständigen gestattet ist (§ 337). Das Gericht kann aber auch beide Massregeln gleichzeitig treffen und anordnen, dass die Sachverständigen, deren Ernennung nach § 370 dem mit der Vornahme des Augenscheins beauftragten Richter übertragen werden kann, ihr Gutachten auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen oder in der Gerichtssitzung abzugeben haben. (§ 376.)

§ 136.

Das Gericht kann anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 122; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 172. A. M. ist hinsichtlich des § 135 Seuffert S. 137.

§ 137.

Das Gericht kann anordnen, dass bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken etc.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.

(E. §§ 130 u. 131. M. 397 ff. u. 445. K. 54, 55, 61.)

I. Allgemeine Gesichtspunkte.

1) Bei dem mündlichen Verfahren ist es wünschenswerth, dass immer die Möglichkeit leichter Uebersicht gewahrt bleibt und der Prozessstoff einer Verhandlung nicht zu Vielerlei und zu Verschiedenartiges umfasst. (M. 399.) Eine Beschränkung des in einer Verhandlung zu bewältigenden Prozessstoffs ergibt sich schon daraus, dass das Verfahren in mehrere Abschnitte (Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren) zerfällt, welche in sich und gegen einander durch Urtheile abgeschlossen sind, sowie daraus, dass Theilurtheile gestattet sind und die ergehenden Zwischenurtheile den Richter binden (§§ 273 u. 289). Da aber die subjektive und objektive Klagenhäufung in weitgehender Weise gestattet sind (§§ 56 ff. und 232), und die Eventualmaxime in der Hauptsache aufgegeben ist (§ 251 ff.), wollte der Gesetzgeber durch das dem Gericht eingeräumte Trennungsrecht Vorkehrung treffen, „dass trotz massiger Anhäufung des Prozessstoffs der mündlichen Verhandlung die Uebersicht und Ordnung bewahrt und dass die mündliche Verhandlung auf das für die Entscheidung nothwendige Mass beschränkt werde." (M. 445.)

2) Ob das Gericht von den ihm übertragenen auf dem Recht der Prozessleitung beruhenden Befugnissen Gebrauch machen will hängt von seinem Ermessen ab. Dasselbe ist berechtigt, die verschiedenen Anordnungen von Amtswegen zu treffen. Dies schliesst aber nicht aus, dass dieselben auch von den Parteien beantragt werden können. Der Beschluss, durch den die Trennung angeordnet wird kann nicht durch Beschwerde angegriffen werden. Vielmehr kann die Anfechtung nur im Wege der Berufung gegen das Endurtheil (§§ 472, 473) erfolgen. [1])

II. Anordnung der Verhandlung in getrennten Prozessen im Allgemeinen.
(§ 136 Abs. 1.)

1) Der Begriff des „Anspruchs" der von Windscheid (Pand. Bd. I 43, die Aktio des röm. Civilrechts S. 5 ff.) in die Rechtssprache eingeführt wurde und den der „actio" ersetzen soll, gehört nicht dem Prozessrecht sondern dem materiellen Recht an. Der „Anspruch" ist nicht identisch mit dem in die Klage oder Widerklage gestellten Begehren (petitum). Es ist darunter nicht das Verlangen des Klägers oder Widerklägers sondern das Recht, etwas zu verlangen zu ver-

[1]) V. Hanseat. O.-L.-G. 14. Okt. 1880, d. Juristenzeitung Bd. V. S. 696.

stehen. Der Begriff des Anspruchs fällt aber auch nicht mit dem des Rechts im subjektiven Sinne des Worts zusammen; dieses bildet vielmehr nur die Grundlage des Anspruchs. Aus dem persönlichen oder dinglichen Recht ergeben sich eine Reihe von Befugnissen. Der Anspruch hat die Herstellung eines dem Inhalt des in Frage stehenden Rechts entsprechenden Zustandes gegenüber einer bestimmten Person zum Gegenstand. Seinen Ausdruck findet derselbe in der Klage oder Widerklage und ausnahmsweise auch in der Kompensationseinrede. (V. Bem. III. 3.) [1])

2) Wenn in einer Klage mehrere Ansprüche erhoben wurden so kann das Gericht gleichviel ob diese Ansprüche gegen eine Person gerichtet oder mehrere Beklagte vorhanden sind anordnen, dass über die verschiedenen Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt wird also der Klagenhäufung ein Ende machen. Mehrere Ansprüche sind immer vorhanden wenn es sich um mehrere Beklagte handelt. Verlangt auch der Kläger lediglich Anerkennung oder Aberkennung eines bestimmten Eigenthumsanspruchs oder dinglichen Rechts oder Erbrechts oder Bezahlung einer Forderung so kann § 136 doch zur Anwendung kommen wenn nur die Klage gegen mehrere Personen, sei es als Erben des ursprünglichen Gegners oder Schuldners, sei es als Miteigenthümer des herrschenden bezw. dienenden Grundstücks u. s. w. gerichtet wurde. Dass zur Anwendung des § auch eine subjektive Klagenhäufung genügt wurde in den Motiven (445) ausdrücklich ausgesprochen und geht auch aus dem Begriff des „Anspruchs" hervor. Thatsächlich wird aber von demselben wohl nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn auch objektiv verschiedene Ansprüche vorliegen. [2]) Damit mehrere Ansprüche auf Grund des Abs. 1 in getrennte Prozesse verwiesen werden können wird übrigens vorausgesetzt, dass dieselben in der Klage erhoben worden sind. Die auf dem Weg der Widerklage geltend gemachten Ansprüche können nur dann ad separatum verwiesen werden, wenn es sich dabei um eine Gegenforderung handelt also Abs. 2 zur Anwendung kommt. (V. Bem. III.)

3) Wenn das Gericht die in § 136 Abs. 1 vorgesehene Anordnung getroffen hat so wird damit die prozessuale Verbindung zwischen den verschiedenen, in einer Klage verbundenen Ansprüchen aufgehoben. Es tritt dasselbe Verfahren ein als ob von vornherein verschiedene Prozesse bei dem betr. Gericht anhängig gemacht worden wären. Insbesondere finden hinsichtlich der verschiedenen Ansprüche nun keine gemeinsamen Verhandlungen, Beweisaufnahmen etc. statt und wird bezüglich derselben in besonderen Urtheilen erkannt. Demgemäss ist auch die Anlegung verschiedener Prozessakten und damit diese vollständig sind die Anfertigung von Abschriften erforderlich. Die Zuständigkeit des Gerichts zur

[1]) V. Windscheid a. a. O.; Wach, Vorträge S. 15; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 124; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 172; von Sarwey I S. 227; Endemann I S. 482; Kleiner I S. 533; Gaupp I S. 382 ff.; Schollmeyer, Zwischenstreit S. 10 ff.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 125; Seuffert S. 139 ff.; Puchelt I S. 398 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 173; von Sarwey Bd. I S. 228, 229; Endemann I S. 485; Gaupp I S. 384. A. M. ist Siebenhaar, der S. 182 die Ansicht ausspricht § 136 beziehe sich bloss auf den Fall der objektiven Klagenhäufung.

Entscheidung über die verschiedenen Ansprüche muss sofern es sich um eine objektive Klagenhäufung handelt nach § 232 vorhanden sein weil diese sonst unzulässig ist. Aber auch wenn die Zuständigkeit des Gerichts lediglich zufolge einer subjektiven Klagenhäufung begründet ist, was nach § 36 Z. 3 der Fall sein kann bleibt dieselbe nach § 235 Abs. 2 Z. 2 begründet sofern nur die Zulässigkeit der Klagenhäufung nicht in Frage steht. (Bem. 3 zu § 5.)

III. Verweisung von Gegenforderungen in einen besonderen Prozess. (§ 136 Abs. 2.)

1) Durch die Vorschrift des § 136 Abs. 2 „wird dem Missbrauch entgegengetreten, welcher zum Behufe der Prozessverzögerung mit dem Kompensationsrechte getrieben werden kann“, und zwar geschieht dies in der Weise, dass dem Gerichte gestattet wird, „nach freiem Ermessen die Verhandlung der Gegenforderung in einem getrennten Prozesse anzuordnen.“ (M. 445.) Dieses Trennungsrecht ist aber auf den Fall beschränkt, dass die Gegenforderung mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht. Bei dem Vorhandensein eines solchen Zusammenhangs kann eine zutreffende Entscheidung nur abgegeben werden wenn ein und dasselbe Urtheil das Rechtsverhältniss seinem ganzen Umfange nach zusammenfasst. (M. a. a. O.) Ein rechtlicher Zusammenhang besteht dann wenn Forderung und Gegenforderung demselben Rechtsverhältnisse entspringen; der Umstand, dass die Gegenforderung sich auf denselben Gegenstand bezieht wie die Hauptforderung genügt nicht, da dieses Zusammentreffen in rein thatsächlichen Verhältnissen seinen Grund haben kann. [1]) Ein bloss thatsächlicher Zusammenhang (v. Bem. 2 zu § 33) schliesst die Trennungsbefugniss des Gerichts nicht aus. Auf Antrag von Bähr wurde das Wort „rechtlichem“ zwar zuerst in der J.-K. gestrichen, der Beschluss aber auf Antrag der Redaktionskommission wieder zurückgenommen: „weil derselbe lediglich mit Rücksicht darauf gefasst worden, dass im § 33 das Wort „rechtlich“ gestrichen worden sei, die Redaktionskommission sich jedoch überzeugt habe, dass diese Konsequenz nicht richtig sei, vielmehr in § 136 ebenso wie in § 137 das Wort „rechtlich“ stehen bleiben müsse.“ (K. 55 und 61.)

2) Dass Abs. 2 nur dann Anwendung finden kann wenn es sich auf Seiten des Klägers und des Beklagten um eine Forderung handelt ist im Gesetz klar ausgesprochen. Wird ein anderer Gegenanspruch auf dem Wege der Einrede oder Widerklage geltend gemacht so findet also die Vorschrift des § 136 Abs. 2 keine Anwendung. Die im n. E. (§ 316) enthaltene Beschränkung auf die „Einrede der Kompensation“ wurde dagegen beseitigt und in den Motiven (445) bemerkt: „es ist gleichgültig, in welcher Form — durch Einrede oder Widerklage — die Gegenforderung geltend gemacht wird.“ Auch wenn die Gegenforderung vorgebracht wird, um gegenüber einer Forderung (auf Herausgabe oder Lieferung einer Sache) ein Retentionsrecht zu begründen kann hienach

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 125, 126; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 174; Hellmann I S. 437; Gaupp I S. 385. A. M. ist Seuffert S. 140. V. auch Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 90 ff.

§ 136 Z. 2 Anwendung finden. Auch hier wird die Gegenforderung geltend gemacht um die Abweisung der Klage herbeizuführen und muss gerichtlich festgestellt werden. Ja es kann wegen derselben Widerklage erhoben werden. [1]) Doch wird hier in der Regel ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den beiden Forderungen bestehen.

3) Durch die Anordnung, dass die verschiedenen Forderungen in getrennten Prozessen zu verhandeln sind wird die bezüglich der Gegenforderung bestehende Rechtshängigkeit und die durch diese begründete Zuständigkeit des Gerichts (§ 235) nicht aufgehoben. Wenn hinsichtlich der Gegenforderung in zulässiger Weise eine Widerklage erhoben und die Verurtheilung des Widerbeklagten oder die Feststellung der Gegenforderung (§ 254) beantragt worden war bleibt also bezüglich derselben die einmal begründete Zuständigkeit des Gerichts bestehen (v. Bem. 2 zu § 33). Es sind bei demselben mehrere Prozesse anhängig, hinsichtlich deren ebenso zu verfahren ist wie im Fall der Trennung nach Abs. 1 (Bem. II. 2). Wurde die Gegenforderung lediglich auf dem Weg der Einrede geltend gemacht so ist dagegen da hiedurch kein besonderer Anspruch erhoben sondern lediglich der Antrag auf Abweisung der Klage begründet wird bezüglich derselben überhaupt keine Klage anhängig. Auch kann auch dadurch, dass der Beklagte mit derselben auf einen besonderen Prozess verwiesen wird keine Rechtshängigkeit im Sinne des § 235 entstehen. Vielmehr bleibt bei definitiver Zuerkennung der Hauptklage ebenso wie bei definitiver Abweisung derselben dem Beklagten, der es unterliess Widerklage zu erheben nichts übrig als seine Forderung nun vor dem zuständigen Gerichte durch Klage geltend zu machen. Nach den §§ 235 und 293 Abs. 1 ist damit die Rechtshängigkeit hinsichtlich eines Anspruchs begründet wird die Geltendmachung desselben durch Klage oder Widerklage erforderlich. Durch § 293 Abs. 2 wird aber hieran nur für den Fall etwas geändert, dass über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung entschieden wurde. Solange dies nicht geschehen ist kann von einer Rechtshängigkeit bezüglich der Gegenforderung nicht die Rede sein. Wie der Beklagte berechtigt ist, auch solche Gegenforderungen zum Zweck der Kompensation durch Einrede geltend zu machen, hinsichtlich deren bereits ein Rechtsstreit anhängig ist muss ihm das Recht zustehen, falls die Hauptklage abgewiesen oder die Kompensation für unstatthaft erklärt wird seine Gegenforderung zu der ihm gelegen erscheinenden Zeit und vor demjenigen zuständigen Gericht durch besondere Klage oder Widerklage geltend zu machen, dem er den Vorzug gibt. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch die Vorschrift des § 293 Abs. 2 bestätigt, welche überflüssig gewesen wäre wenn durch die Kompensationseinrede an sich schon im Moment der Geltendmachung die Rechtshängigkeit hinsichtlich der Gegenforderung begründet würde. Die Verfasser der Motive (Kortkampf'sche Ausgabe S. 466, 467, 482) scheinen zwar anderer Meinung gewesen zu sein. Aber denselben kann schon wegen der offenbaren Unrichtigkeit der Auffassung und des Mangels der Folgerichtigkeit

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 125. A. M. sind: Siebenhaar S. 135; Endemann I S. 485; Gaupp I S. 384; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 176.

hinsichtlich der Konsequenzen des aufgestellten Grundsatzes eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden. Auch kommt in Betracht, dass die Bemerkungen in den Motiven offenbar aus den nordd. Protokollen zusammengestellt sind hiebei aber übersehen wurde, dass bei der Berathung des nordd. Entw., dessen § 359 die Vorschrift des § 293 Abs. 2 entnommen worden ist, schliesslich ausdrücklich anerkannt wurde, die Kompensationseinrede könne die Rechtshängigkeit bezüglich der Gegenforderung nicht begründen und dass in Folge dessen ein früher gefasster Beschluss gestrichen worden ist. (n. Pr. II S. 570—572, 593, 594, 605—609, 794.) [1]) Von dem Rechte der Trennung kann das Gericht in jedem Stadium des Prozesses Gebrauch machen. Es kann aber auch wenn die Verhandlung in getrennten Prozessen nicht verfügt wurde nach § 274 durch Theilurtheil über die Forderung des Klägers entscheiden. Ist bezüglich der Gegenforderung Widerklage erhoben so geht dann bezüglich derselben der Prozess weiter. Dagegen muss wenn dies nicht geschehen ist der Beklagte wegen der Gegenforderung besondere Klage erheben.

4) Die Voraussetzungen, von denen die Geltendmachung der Kompensations- oder Retentionseinrede nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts abhängt, werden durch die Vorschrift des § 136 Abs. 2, durch welche lediglich das Verfahren geregelt wird, nicht berührt. Ist eine Gegenforderung nach den Vorschriften des materiellen Rechts überhaupt nicht zur Kompensation geeignet oder ein Retentionsrecht nicht begründet so ist demnach die darauf gestützte Einrede auf Antrag zurückzuweisen. Die prozessualischen Bestimmungen, welche für den Fall der Illiquidität der Gegenforderung dem Gericht gestatten, dieselbe ad separatum zu verweisen, werden durch die Vorschrift des § 136 ersetzt. Dagegen bleibt die Vorschrift des Art. 1291 Code civil, der die Voraussetzungen der in den Art. 1289 und 1290 vorgesehenen, ipso jure wirkenden Aufrechnung („compensation legale“) regelt, soweit es sich um die Liquidität der Gegenforderung handelt, ebenso in Kraft, wie hinsichtlich der übrigen Erfordernisse dieser Kompensation. Die Vorschriften dieses Art. sind nicht prozessualischer sondern rein materiellrechtlicher Natur. [2]) Bestimmungen dieser Art werden aber durch die C.-P.-O. nicht berührt. Liegen die Voraussetzungen des Art. 1291 nicht vor, will aber der Beklagte seine Gegenforderung gerichtlich geltend machen, um die Liquidität herbeizuführen und dadurch die Kompensation (die sogen. „compensation judiciaire“) zu ermöglichen, so kommen in Beziehung auf diese Geltendmachung anstatt der bisher in Frankreich geltenden prozessualischen Grundsätze die Vorschriften der C.-P.-O. zur Anwendung. Insbesondere ist die Frage ob

[1]) V. die Abh. des Verfassers in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. I S. 93 ff. und Bd. IV; ferner: von Bülow S. 85 und 155; Fitting Lehrbuch IV. Aufl. § 43 Anm. 27 S. 144; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 299 Schollmeyer; Zwischenstreit S. 20 ff.; Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 48, Anm. 47. A. M sind: Seuffert S. 141, 264, 265; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 126 und 210; Wach Vorträge S. 104 ff.; von Sarwey Bd. I S. 230; Endemann Bd. II S. 23; Kleiner Bd. II S. 32 und 150; Gaupp Bd. I S. 386 ff. und Bd. II S. 23 und 175.

[2]) Die entgegengesetzte Auffassung findet sich in der Sammlung der in Elsass-Lothringen geltenden Gesetze in der Anm. 439 zu Art. 1291 Bd. I S. 439.

die Entscheidung über die Hauptforderung ausgesetzt werden soll bis über die Gegenforderung entschieden werden kann oder ob über diese in einem besonderen Prozesse zu entscheiden ist nach § 136 Abs. 2 bezw. § 274 zu beurtheilen. Ist den Anforderungen des § 1291 genügt, so kann von einer Verhandlung in getrennten Prozessen nicht die Rede sein obgleich die Anwendung des § 136 Abs. 2 an sich nicht auf illiquide Gegenforderungen beschränkt ist. Da die Kompensation nach Art. 1290 C. c. ipso jure eingetreten ist sind gar keine zwei Forderungen mehr vorhanden. Es ist die eine derselben ebenso wie wenn eine Zahlung stattgefunden hätte getilgt und daher nur bezüglich einer Forderung noch ein Rechtsstreit anhängig. [1]) Die civilrechtlichen Bestimmungen, welche die materiellen Wirkungen der Kompensation regeln werden durch die auf Grund des § 136 erfolgte Trennung nicht berührt. Es treten sofern die Gegenforderung anhängig blieb oder die Wirkungen nicht von der Geltendmachung auf dem Wege der Klage abhängen sondern nur die Geltendmachung auf dem Weg der Einrede voraussetzen wenn die Gegenforderung nachträglich zuerkannt wird bezüglich des Zinsenlaufs und Verzugs dieselben Folgen ein wie wenn die Trennung nicht erfolgt wäre.

IV. Beschränkung der Verhandlung auf einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel. (§ 137.)

1) Als Angriffs- und Vertheidigungsmittel bezeichnet die C.-P.-O. die einzelnen Rechtsbehülfe, welche zur Begründung oder Bekämpfung der geltend gemachten Ansprüche dienen. Es sind darunter sonach alle Angaben der Parteien zu verstehen, durch welche ein Anspruch gestützt oder beseitigt werden soll. Auch Beweismittel gehören hierher. Doch gebraucht die C.-P.-O. die Bezeichnung auch in einem engeren Sinne unter Ausschliessung der Beweismittel. (§§ 251, 252, 255, 256, 315, 319.) Die Rechtsmittel rechnet die C.-P.-O. nicht zu den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln. (§§ 91, 97, 491) [2]) Wenn bezüglich eines Anspruchs mehrere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden, denen eine selbständige Bedeutung zukommt so kann das Gericht die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- bezw. Vertheidigungsmittel beschränken und dadurch bewirken, dass diese übersichtlicher wird. Ob von dieser Befugniss Gebrauch gemacht werden soll ist in das Ermessen des Gerichts gestellt. Als selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel sind nur diejenigen anzusehen, welche für sich allein eine Entscheidung herbeiführen d. h. ohne Rücksicht auf anderweitige Anführungen die Anerkennung oder Zurückweisung eines Anspruchs rechtfertigen können. Der Umstand, dass das Ge-

[1]) Ausführlicher hat der Verfasser diese Frage erörtert in der jur. Zeitschrift für Elsass-Lothringen Bd. VI S. 270 ff. V. ferner: Seuffert S. 341; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 125; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 174; Gaupp Bd. I S. 385. A. M. sind: Puchelt Bd. I S. 400; Hellmann I S. 438 und von Sarwey I S. 230.

[2]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 176; Gaupp I S. 221, 222 und 383. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 125; Endemann I S. 483; von Sarwey I S. 231; Hellmann I S. 439.

richt ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel für geeignet zu einer besonderen Verhandlung und Entscheidung durch Zwischenurtheil hält, macht dasselbe nicht zu einem selbständigen im Sinne des Gesetzes. [1]) Beweismittel und Beweiseinreden sind als selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel nicht anzusehen. [2])

2) Hat eine Beschränkung der Verhandlung auf ein bestimmtes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel stattgefunden so kann dies zur Folge haben, dass darauf hin ein Endurtheil ergeht (§ 272) und die übrigen Rechtsbehelfe gar nicht in Betracht gezogen werden. Es kann aber auch ein Zwischenurtheil (§ 275) erlassen und die Fortsetzung der Verhandlung angeordnet werden. Diese kann sich dann auf alle Streitpunkte erstrecken; es kann aber auch eine abermalige Beschränkung auf ein anderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel eintreten. Bezüglich der Rechtshängigkeit und der an dieselben geknüpften Folgen (§ 235) wird nichts geändert. Insbesondere bleibt wenn die Verhandlung auf die Hauptklage beschränkt wurde die Zuständigkeit des Gerichts auch dann bezüglich der Widerklage (§ 33) begründet wenn die Hauptklage abgewiesen wurde.

§ 138.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

(E. § 132. M. 445. K. 55.)

1) Der in § 136 vorgesehenen Trennungsbefugniss entspricht das Recht der Verbindung mehrerer Prozesse. Ein rechtlicher Zusammenhang besteht, wenn die verschiedenen Ansprüche, welche den Gegenstand der fraglichen Prozesse bilden, aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen (Bem. III. 1 zu § 136). Für die Annahme, dass der Ausdruck hier in weiterem Sinne als in § 136 zu verstehen sei, liegen keine Gründe vor. [3]) Dass die Ansprüche, zwischen denen ein solcher Zusammenhang besteht, in beiden Prozessen auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden ist nicht erforderlich; vielmehr ist die Verbindung auch dann zulässig wenn einer dieser Ansprüche durch Klage, der andere durch Widerklage erhoben worden ist.

[1]) V. auch Seuffert S. 140, 141; von Sarwey I S. 231, 232; von Bülow S. 86 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 176, 177. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 125; Endemann I S. 484; Hellmann I S. 459; Gaupp I S. 383; Wach Vorträge S. 32.

[2]) V. auch Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy, Endemann, Hellmann, von Sarwey, von Bülow, Gaupp, Wach a. a. O. A. M. ist Seuffert S. 140.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 127; Wilmowski-Levy II. Aufl S. 178; Endemann I S. 491; Hellmann I S. 442. A. M. ist Seuffert S. 142.

2) Durch die Vorschrift, dass die Verbindung auch dann erfolgen kann „wenn die Ansprüche hätten in einer Klage erhoben werden können“ wird auf die §§ 56, 57 u. 232 verwiesen. Ein Antrag, durch welchen die Vorschrift auf die Fälle der objektiven Klagenhäufung beschränkt werden sollte wurde von der J.-K. (55) abgelehnt. Ueberall, wo die Parteien die in Frage stehenden Ansprüche hätten in einer Klage erheben dürfen kann das Gericht die Verbindung der Prozesse anordnen. Sofern aber eine Klagenhäufung der Partei nicht gestattet war, findet auch § 137 keine Anwendung. Hienach wird in allen Fällen vorausgesetzt, dass das Gericht für sämmtliche Ansprüche wenn auch nur nach § 36 Z. 3 oder nach § 39 zuständig ist und muss wenn in einem Prozess die Zuständigkeit bestritten ist erst über diese Frage erkannt werden ehe die Frage der Verbindung entschieden wird. Auch ist die Verbindung ausgeschlossen wenn nicht dieselbe Prozessart bezüglich aller Ansprüche zulässig ist (v. § 232 und Bem. IV. 2 zu § 56) oder wenn der eine Prozess vor die Civilkammer, der andere vor die Kammer für Handelssachen gehört. Wenn auch diese Kammern nur besondere Abtheilungen des Gerichts bilden und die Vorschriften über Zuständigkeit der Gerichte auf das Verhältniss der einzelnen Kammern untereinander keine Anwendung finden so sind doch den Kammern für Handelssachen nur bestimmte Prozesse zugewiesen und ist durch die §§ 103 ff. G.-V.-G. die Verweisung der Sachen von einer Kammer an die andere genau geregelt. Diese Verweisung müsste also der Verbindung vorhergehen. [1]) Der Umstand, dass die Prozesse bei verschiedenen Civilkammern bezw. verschiedenen Handelskammern desselben Gerichts anhängig sind kann der Verbindung nicht im Wege stehen. In diesem Falle wird wenn eine Kammer die Verbindung anordnet die der anderen Kammer zugewiesene Sache ihr von selbst zufallen.

3) Die in § 138 vorgesehene Verbindung erfolgt zu dem Zwecke, dass die verschiedenen Prozesse gleichzeitig zu verhandeln und zu entscheiden sind. Wie durch die Trennung aus einem Prozesse mehrere entstehen bewirkt die Verbindung die Vereinigung mehrerer Prozesse zu einem einzigen und es ist über alle Ansprüche in demselben Urtheil zu entscheiden. Das Gericht erhält durch § 138 die Befugniss, „eine objektive und subjektive Klagenhäufung von Amtswegen anzuordnen“ (M. 445). Es entsteht durch Anwendung desselben sonach dasselbe Verhältniss als ob die Parteien die Klagenhäufung vorgenommen hätten und wird falls es sich auf der einen Seite um verschiedene Parteien handelt zwischen denselben eine Streitgenossenschaft begründet. (V. Bem. I. zu §§ 56 ff.) [2]) Werden zwei Prozesse nach § 138 verbunden, so sind von da an wegen der Gerichtskosten die Objekte beider Prozesse zusammenzurechnen und ist die Beweis- und Entscheidungsgebühr nur einmal in Höhe des Gesammtbetrags in Anrechnung

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 127; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 178; Seuffert S. 142 ff.; von Sarwey I S. 232; Kleiner I S. 541; Gaupp I S. 391. A. M. ist Hellmann I S. 442.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 127; von Sarwey I S. 232; Kleiner I S. 541. A. M. sind: Seuffert S. 141; Gaupp I S. 392; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 178.

zu bringen. [1]) Das Gericht, das sogar die Verbindung nach § 141 wieder aufheben kann ist durch die von ihm getroffene Anordnung nicht gehindert, von der Vorschrift des § 137 Gebrauch zu machen.

§ 139.

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Vewaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden auszusetzen sei.

§ 140.

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluss ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

(E. § 133. M. 445. K. 55.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Während die §§ 225 ff. bezüglich der Fälle, in welchen die Aussetzung des Verfahrens von einer Partei beantragt wird bestimmen, in welcher Weise dies zu geschehen hat, welche Wirkungen mit der Aussetzung verbunden sind u. s. w., räumen die §§ 139 und 140 dem Gericht die Befugniss ein, von Amtswegen die Aussetzung der Verhandlung anzuordnen wenn die im Gesetz angegebenen Voraussetzungen vorliegen. Obgleich hier nur von Aussetzung der Verhandlung gesprochen wird ist es doch unzweifelhaft, dass die betr. Anordnungen eine Aussetzung des Verfahrens im Sinne der §§ 223 ff. zur Folge haben und insbesondere die in § 226 aufgezählten Wirkungen eintreten. Die Parteien werden durch die betr. Verfügung gezwungen, den Prozess liegen zu lassen und das ganze Verfahren ruht ebenso wie im Falle einer Unterbrechung oder Aussetzung, welche auf Grund der in den §§ 217 ff. bezw. 223 ff. aufgezählten Thatsachen eintritt. In den Motiven (461) wurde bemerkt, dass der Entwurf noch andere Fälle der Aussetzung des Verfahrens kenne und auf die §§ 139 und 140 Bezug genommen.

2) Wenn das Gericht auch die Aussetzung von Amtswegen anordnen kann so ist damit doch den Parteien nicht das Recht entzogen, diese Aussetzung zu

[1]) V. O.-L.-G. Dresden 5. Juli 1880 Annalen Bd. II S. 243.

beantragen. Auch steht wenn der Antrag abgelehnt wird der Partei das Recht der sofortigen Beschwerde (§ 540) zu, während der Beschluss durch welchen die Aussetzung angeordnet wird mit der gewöhnlichen Beschwerde (§§ 530 ff.) angefochten werden kann. (§ 229.) Nach § 141 kann übrigens das Gericht die von ihm getroffene Anordnung jederzeit aufheben.

II. Aussetzung wegen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses. (§ 139.)

1) Ob ein Rechtsverhältniss besteht, über das erkannt werden muss ehe der Rechtsstreit entschieden werden kann ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, ob dasselbe von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, nach dem geltenden Verwaltungsrechte zu beurtheilen. Mit dem Bestehen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses ist übrigens die Rechtshängigkeit desselben Anspruchs, die nach § 235 zur Zurückweisung der zuletzt erhobenen Klage führt, nicht zu verwechseln. (K. 542, 543.) Wird von dem Beklagten die Einrede der Rechtshängigkeit vorgeschützt so kann das Gericht die Verhandlung nicht bis zur Erledigung desjenigen Prozesses aussetzen, auf den sich die Einrede bezieht. [1])

2) Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, dass der Richter befugt ist, über alle Präjudizialpunkte, von deren vorgängiger Erledigung die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt selbst zu entscheiden. Desshalb ist auch die Aussetzung der Verhandlung in § 139 in das Belieben des Gerichts gestellt und kann dasselbe wenn es vorzieht über die Präjudizialfrage selbst zu erkennen die Aussetzung auch dann unterlassen wenn die Voraussetzungen des § 139 vorliegen. Es besteht aber ein Unterschied zwischen den Fällen, in welchen das betr. Rechtsverhältniss den Gegenstand eines vor demselben oder einem anderen Gericht anhängigen Prozesses bildet und denen, in welchen das Rechtsverhältniss von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist. Im ersten Falle ist das Gericht stets in der Lage, selbst über die Präjudizialfrage zu entscheiden und es ist wenn es die Verhandlung aussetzt an die im anderen Prozess ergehende Entscheidung nicht gebunden. Vielmehr kann dieser nur eine moralische Autorität zukommen. [2]) Es handelt sich lediglich darum, ob die Aussetzung als zweckmässig erscheint. Auch kann dieselbe nur dann angeordnet werden wenn das präjudizielle Rechtsverhältniss den Gegenstand eines bereits anhängigen Prozesses bildet, nicht wenn ein solcher Prozess erst anhängig gemacht werden soll. Bezüglich der Rechtsverhältnisse, welche von einer Verwaltungsbehörde festzustellen sind, als welche hier auch das Verwaltungsgericht nicht aber der zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden berufene Gerichtshof erscheint, [3]) ist den Gerichten, sofern eine entgegengesetzte Vorschrift nicht besteht, gleichfalls die Befugniss zuzusprechen, über alle Streitpunkte zu erkennen, von deren Entscheidung die Erledigung der Hauptsache abhängt. Es bestehen aber häufig Vorschriften, welche die Entscheidung über gewisse Fragen (z. B. die Eigenschaft als Inländer oder Ausländer, die Staatsangehörigkeit in einem

[1]) V. R.-G. 11. Febr. 1881 Entsch. Bd. III. S. 401 ff.

[2]) V. Wetzel § 64; Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 186 ff. und 194 ff.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 128; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 179; von Sarwey I S. 234.

bestimmten Bundesstaat, das Heimatsrecht in einer bestimmten Gemeinde) gewissen Verwaltungsbehörden bezw. den Verwaltungsgerichten ausschliesslich zuerkennen und es wird das Gericht wenn eine solche Präjudizialfrage vorliegt ungeachtet der fakultativen Fassung des § genöthigt sein, die Verhandlung bis zur Entscheidung der betr. Frage auszusetzen.[1]) Mit Rücksicht darauf ist die Aussetzung in derartigen Fällen in allgemeiner Weise gestattet und kann auch dann angeordnet werden wenn die Verwaltungsbehörde, welche das Rechtsverhältniss festzustellen hat, noch nicht mit der Sache befasst ist sondern erst damit befasst werden soll.[2]) Der Partei welche sich auf ein solches Rechtsverhältniss beruft wird aufzugeben sein, innerhalb einer bestimmten Frist die Feststellung bei der zuständigen Verwaltungsbehörde zu beantragen mit dem Präjudiz, dass falls dies nicht geschieht die Behauptung nicht berücksichtigt wird.

3) Durch § 139 soll die Frage, wie es bezüglich der in verschiedenen Prozessen bezw. bei Gerichten und Verwaltungsbehörden festzustellenden Rechtsverhältnisse mit präjudiziellem Charakter zu halten ist, vollständig geregelt werden. Es hat hienach jedes Gericht nach freiem Ermessen darüber zu erkennen ob es die präjudizielle Frage selbst entscheiden oder die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreites bezw. bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde aussetzen will. Hienach sind alle Vorschriften, durch welche bezüglich der Behandlung solcher Präjudizialpunkte andere Regeln aufgestellt werden, als aufgehoben anzusehen. Insbesondere gilt dies von den Vorschriften des gemeinen Rechts, nach welchem die wichtigere Sache vor der minder wichtigen oder der bedingende Prozess vor dem bedingten entschieden werden soll.[3])

III. Aussetzung bis zur Erledigung eines Strafverfahrens. (§ 140.)

1) Obgleich nach § 14 Z. 1 des Einf.-Ges. zur C.-P.-O. die Entscheidungen des Strafrichters den Civilrichter nicht binden, gestattet § 140 doch, die Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens auszusetzen, „wenn sich der Verdacht einer strafbaren Handlung ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluss ist.“ Auch ist diese Vorschrift ebenso gerechtfertigt wie die des § 139, da auch dort der die Aussetzung anordnende Richter in der Regel durch die Entscheidung des anderen Gerichts nicht rechtlich gebunden wird.

2) Ob der Richter die Aussetzung der Verhandlung anordnen will, steht in seinem Ermessen. Alle Vorschriften, welche denselben in dieser Beziehung beschränken, sind aufgehoben. Insbesondere trifft diese Aufhebung den Art. 1319 C. c., soweit derselbe für den Fall der öffentlichen Anklage wegen Fälschung die Unterbrechung der Vollstreckung einer authentischen Urkunde befiehlt.[4]) Die Aussetzung kann sowohl dann angeordnet werden wenn bereits ein Strafverfahren anhängig, als auch dann wenn ein solches erst zu erwarten ist.[5]) Ja

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. a. a. O.; Seuffert S. 143; Gaupp I S. 395 ff.

[2]) V. auch Struckmann-Koch a. a. O.

[3]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 129; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 179.

[4]) V. auch Sammlung der in Elsass-Lothringen geltenden Gesetze Art. 1319 Anm. 456 S. 99.

[5]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 129; Seuffert S. 144; von Sarwey I S. 235, 236. A. M. ist Endemann Bd. I S. 494, 495.

sie kann gerade zu dem Zweck angeordnet werden, um die Einleitung eines solchen Verfahrens zu veranlassen. Dass der Verdacht der strafbaren Handlung eine der Parteien trifft ist nicht erforderlich. Vielmehr kann die Aussetzung auch dann erfolgen wenn eine andere Person z. B. der Rechtsvorgänger des Klägers in Verdacht steht. Insbesondere kann die Aussetzung gerechtfertigt sein wenn der Verdacht entsteht, dass ein Zeuge eine falsche Aussage gemacht hat und gegen denselben eine Untersuchung eingeleitet wird. Falls es sich um ein Antragsvorgehen handelt, ist übrigens darauf zu achten, ob der Strafantrag gestellt ist. [1])

3) Eine Erledigung des Strafverfahrens im Sinne des § 140 liegt nicht bloss dann vor wenn die in Untersuchung gezogene Person verurtheilt oder freigesprochen wurde sondern auch dann wenn eine Einstellung des Verfahrens (nach §§ 168 ff. bezw. 196 St.-P.-O.) erfolgte oder, wenn eine Privatklage zurückgenommen oder das Verfahren durch den Tod des Privatklägers beendigt worden ist. (§§ 431—433 St.-P.-O.) Wenn ein Strafverfahren nicht eingeleitet, sondern der Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage von der Staatsanwaltschaft abgelehnt wurde (§§ 169 ff. St.-P.-O.), ist die mit Rücksicht auf ein solches Verfahren ausgesetzte Verhandlung wieder aufzunehmen.

§ 141.

Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

(E. § 135. M. 445. K. 55.)

Da die Anordnung einer Trennung, Verbindung oder Aussetzung lediglich prozessleitender Natur ist, kann dieselbe vom Gerichte jederzeit zurückgenommen werden und zwar kann dies von Amtswegen wie auf Antrag und soweit es sich um die Aufhebung der Aussetzung handelt ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung geschehen. [2]) Es wird aber vorausgesetzt, dass die Zurücknahme noch ausführbar ist und dass, falls es sich um Aufhebung der Trennung handelt, die Prozesse noch bei demselben Gerichte anhängig sind. Auch das Berufungsgericht kann nur die bei ihm schwebenden Prozesse verbinden, nicht aber auf Grund des § 473 die vom ersten Richter angeordnete Trennung für die Zukunft aufheben. [3]) Wird ein von der Partei auf Aufhebung der Trennung, Verbindung oder Aussetzung gestellter Antrag vom Gerichte abgelehnt so steht gegen diesen Beschluss (nach den §§ 229 und 530) das Recht der Beschwerde zu. Wenn das Gericht die Anordnung der Aussetzung der Verhandlung rückgängig macht trifft da weder die Ablehnung eines Antrags noch die Anordnung

[1]) V. auch Landgericht Hall 18. Juni 1880, württ. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 391 ff., deutsche Juristenzeitung Bd. IV S. 514 ff.

[2]) V. auch Gaupp I S. 406; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 129; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 181.

[3]) V. Gaupp I. S. 401; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 181. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 116; Endemann I S. 495.

einer Aussetzung vorliegt weder § 530 noch § 229 zu. Da die gegen den Willen einer Partei erfolgte Aufhebung ebenso wirkt wie die Ablehnung eines Antrags auf Aussetzung und die Parteien unter allen Umständen das Recht hätten, neuerdings die Aussetzung zu beantragen und im Falle der Ablehnnng sofortige Beschwerde zu erheben wird diese aber auch bezüglich des Aufhebungsbeschlusses zuzulassen sein. (V. Bem. I 2 zu §§ 139 ff.) [1]) Der die Aufhebung der Aussetzung anordnende Beschluss ist von Amtswegen zuzustellen. (§ 294 Abs. 3.) Dagegen sind die Parteien nicht vom Gericht zu laden. Vielmehr verbleibt es in dieser Beziehung bei dem Selbstbetriebe der Parteien. (§ 227.) [2])

§ 142.

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

(E. § 136. M. 445 u. 446. K. 55.)

1) Das Gericht kann jederzeit anordnen, dass eine bereits geschlossene Verhandlung wieder aufgenommen werde und es wird dies in der Regel geschehen wenn es sich bei der Berathung der Entscheidung ergibt, „dass in der einen oder anderen Beziehung die Erörterung nicht vollständig gewesen ist.“ (M. 445 Bem. II. 2 zu § 119.) Die Verhandlung kann wenn die Parteien anwesend sind sofort nach Verkündung des Beschlusses, in welchem die Wiedereröffnung angeordnet wird, wieder aufgenommen werden (§ 283). Dies wird in der Regel keine Schwierigkeit haben wenn sich das Gericht unmittelbar nach der Verhandlung zur Berathung der Entscheidung zurückgezogen hat und dann beschliesst, dass die Verhandlung wieder zu eröffnen sei. Wird der Beschluss an dem zur Verkündung des Urtheils bestimmten Termin erlassen so wird es häufig vorkommen, dass eine der Parteien nicht anwesend ist und es muss dann ein neuer Termin zur Verhandlung festgesetzt werden.

2) Wird die Verhandlung wieder eröffnet so liegt die Sache ebenso als ob dieselbe gar nicht geschlossen worden wäre. Es sind also die Parteien nicht auf den Punkt beschränkt, der nach der Ansicht des Gerichts nicht vollständig erörtert wurde oder bezüglich dessen verschiedene Auffassungen über die Darstellung der Thatsachen bestehen. Vielmehr kommt § 251 in vollem Masse zur Anwendung. (M. 445 ff,; n. Pr. S. 300.)

§ 143.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

[1]) V. auch Gaupp I S. 401; Endemann I S. 495; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 182; A. M. sind von Sarwey I S. 236 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 129; von Bülow S. 89.

[2]) V. auch Puchelt I S. 469, 470; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 182. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 130; von Sarwey I S. 237; Kleiner I S. 544; Gaupp I S. 398.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmässig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

(E. §§ 137. M. 446. K. 55.)

1) Da Personen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag fehlt, nicht mündlich verhandeln können (M. 446) hat das Gericht die Befugniss, sowohl den Parteien als den Bevollmächtigten und Beiständen, die sich in dieser Lage befinden das Wort zu entziehen und den weiteren Vortrag zu untersagen. Zu den Parteien sind auch hier die gesetzlichen Vertreter zu rechnen. (Bem. 2 zu § 128.) Diese Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, in welchem eine Partei oder ein Bevollmächtigter der deutschen Sprache bezw. der Gerichtssprache nicht mächtig und desshalb nicht im Stande ist, sich dem Gericht verständlich zu machen. Vielmehr wird für diesen Fall wie für die Fälle, in denen mit tauben oder taubstummen Personen zu verhandeln ist, durch die §§ 186 ff. G.-V.-G. Vorsorge getroffen und als Regel die Beiziehung eines Dolmetschers vorgeschrieben. In diesem Sinne äusserte sich auch von Amsberg im Reichstag in der Sitzung vom 18. Nov. 1876. (St.-B. von 1876 Bd. I S. 173 und 174.) Welche Folgen die Untersagung des Vortrags hat, bestimmt § 144.

2) Die dem Gericht beigelegte Befugniss, Prozessbevollmächtigte und Beistände, welche geschäftsmässig das mündliche Verhandeln vor Gericht betreiben, zurückzuweisen hat den Zweck dem Entstehen einer Winkeladvokatur entgegenzutreten. (M. 446.) Es werden also Personen vorausgesetzt, welche aus der Vertretung ein Gewerbe machen. Der Nachweis der Honorirung braucht aber nicht geführt zu werden. (M. a. a. O.) Ob das Gericht von dieser Befugniss Gebrauch machen will, ist in sein Ermessen gestellt. Auch ist jede Anfechtung der Zurückweisung ausgeschlossen. Der Antrag statt „kann zurückweisen" die Worte „hat zurückzuweisen" zu setzen, wurde von der J.-K. (55) abgelehnt.

3) Auf Rechtsanwälte finden die Bestimmungen des § keine Anwendung. Die Vorschrift des Abs. 4, nach welcher es nicht gestattet ist, einem Rechtsanwalt den weiteren Vortrag wegen Mangels der Fähigkeit hiezu zu untersagen schliesst aber nicht aus, dass demselben das Wort entzogen wird weil die Verhandlung wegen vollständiger Erörterung der Sache geschlossen werden soll oder weil er den Anordnungen des Vorsitzenden nicht Folge leistet. (§ 127.) Nach § 25 der R.-A.-O. ist die Anwendung des § auch hinsichtlich der Stellvertreter von Rechtsanwälten sowie bezüglich solcher im Justizdienste befindlicher Rechtskundigen ausgeschlossen, welche mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt worden sind. Dies gilt sowohl dann wenn sie einen Rechtsanwalt ohne als dessen Stellvertreter bestellt worden zu sein in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht geboten ist als auch dann wenn sie unter Bei-

stand des Rechtsanwalts die Ausführung der Parteirechte übernehmen. Sofern die erwähnten Recht-kundigen noch nicht zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt sind, ist die Anwendung des § 143 nicht ausgeschlossen. Es wird aber von einer geschäftsmässigen Vertretung (Abs. 2) nicht die Rede sein können, wenn dieselben lediglich als Vertreter des Rechtsanwalts auftreten. [1])

§ 144.

Ist eine bei der Verhandlung betheiligte Person zur Aufrechterhaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

(E. § 138. M. 446. K. 55.)

1) Durch den § werden zunächst die Folgen geregelt, welche eintreten wenn eine Partei oder eine sonst bei der Verhandlung betheiligte Person (ein gesetzlicher Vertreter, Prozessbevollmächtigter, Beistand, Zeuge oder Sachverständiger) auf Grund des § 178 G.-V.-G. aus dem Sitzungssaal entfernt wurde. Ob in der vorgeschriebenen Weise zu verfahren ist entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Dasselbe kann auch von der Anwendung des § absehen und eine Vertagung eintreten lassen (§ 206). Das Gericht kann übrigens in der im § gestatteten Weise nur dann vorgehen wenn dies beantragt wird. Handelt es sich um die Entfernung einer Partei bezw. ihres gesetzlichen Vertreters, Prozessbevollmächtigten oder Beistands so muss dieser Antrag von der Gegenpartei ausgehen. Dagegen steht beiden Parteien das Antragsrecht zu wenn ein Zeuge oder Sachverständiger etc. entfernt wurde.

Bezüglich der Entfernung einer Partei wurde in den Motiven (446) bemerkt: „Ist eine Partei wegen ungeeigneten Betragens entfernt, so ist, wenn nicht das Gericht die Verhandlung vertagt, die Folge verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat, oder nicht. Im ersteren Falle ist sie nur mit demjenigen ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist; das Urtheil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so dass in diesem Falle ihre Entfernung Nachtheile in der Sache nur insofern hat, als auf

[1]) V. auch Meyer R.-A.-O. S. 42, 43; Völk, R.-A.-O. S. 53; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 131; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 183; Gaupp I S. 404.

Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurtheile ihrem Vorbringen Schranken setzen. (V. Hann. Prot. XIV, S. 5054 ff.) Im letzteren Falle ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten, mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumnissurtheil zu erlassen. Wann aber anzunehmen ist, dass die Partei verhandelt habe, lässt sich als quaestio facti durch gesetzliche Bestimmungen nicht regeln.“ Nach diesen Ausführungen, in welchen die Folgerungen, die sich aus der Vorschrift des § 144 bezw. der §§ 295 ff. ergeben richtig gezogen wurden, kann gegen eine Partei Versäumnissurtheil erlassen werden, wenn sie selbst oder ihr gesetzlicher Vertreter oder Prozessbevollmächtigter auf Grund des § 178 G.-V.-G. aus dem Sitzungssaal entfernt werden musste und vorher nicht (im Sinn des § 298) verhandelt worden ist. Die Entfernung des Beistands hat diese Folge nicht sondern beraubt die Partei bloss der Unterstützung desselben. Ist die Partei neben einem Prozessbevollmächtigten in der Sitzung anwesend und bereit zu verhandeln so kann nur wenn beide entfernt wurden ein Versäumnissurtheil erlassen werden da die Partei ebenso wie der Bevollmächtigte in der Lage ist, ihre Rechte zu wahren. Ist die Entfernung eines Zeugen oder Sachverständigen nothwendig geworden ehe derselbe seine Aussage beendigt bezw. sein Gutachten vollständig abgegeben hat so können die in §§ 345 sowie 355 bezw. 374 angedrohten Strafen gegen ihn ausgesprochen und kann er zum Ersatz der durch seine Entfernung entstandenen Kosten verurtheilt werden.

2) Wenn auf Grund des § 143 einer Partei oder einem Parteivertreter der weitere Vortrag untersagt oder ein Bevollmächtigter bezw. Beistand, der das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmässig betreibt, zurückgewiesen worden ist so treten zunächst keine sachlichen Nachtheile ein und kann insbesondere ein Versäumnissurtheil gegen die betr. Partei nicht erlassen werden. Vielmehr muss dieser Partei Gelegenheit gegeben werden, nun einen Bevollmächtigten aufzustellen bezw. einen anderen Bevollmächtigten oder Beistand zu wählen. Ob die Partei die durch die Vertagung entstandenen Kosten zu tragen hat, hängt davon ab ob sie ein Verschulden trifft. (§ 90.) Muss dieselbe Massregel in der nächsten Sitzung wiederholt werden so findet die in Nr. 1 erörterte Vorschrift des § 144 gegen die Partei Anwendung. Es wird aber hiezu vorausgesetzt, dass es sich um dieselbe Person handelt, der bei der früheren Verhandlung der Vortrag untersagt wurde, bezw. deren Zurückweisung erfolgte. (M. 446.) [1]) In der J.-K. (55) wurde ein Antrag: hinter „Verhandlung“ einzuschalten: „sei es in der gleichen oder in anderer Sache“ ohne dass eine Debatte darüber stattfand zurückgenommen. Da § 143 dem Gerichte nur die Zurückweisung von der mündlichen Verhandlung gestattet, erlischt übrigens dadurch nicht die dem Zurückgewiesenen ertheilte Vollmacht. Vielmehr bleibt diese insbesondere auch soweit es sich um Zustellungen handelt, in Kraft. [2]) Damit § 144 Anwendung finden kann wird weiter vorausgesetzt, dass die frühere Verhandlung gerade wegen der Untersagung oder Zurückweisung vertagt wurde, was in § 329 n. E. ausdrücklich

[1]) V. auch Gaupp I S. 487; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 184. A. M. Seuffert S. 148.

[2]) V. auch jur. Wochenschrift J. 1881 S. 117.

untersagt war. Es soll die Versäumnissfolge nur dann eintreten wenn die erste Untersagung und Zurückweisung nicht respektirt worden ist. (M. a. a. O.) [1] Die Vorschrift des § 144 muss übrigens auch dann Anwendung finden wenn bei der früheren Verhandlung das Gericht den Bevollmächtigten zwar zunächst zugelassen, dann aber Beweisbeschluss erlassen und zugleich angeordnet hat, für das weitere Verfahren werde der Bevollmächtigte zurückgewiesen. Auch in diesem Falle trifft Wortlaut wie Grund des Gesetzes zu. [2]

§ 145.

Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1. den Ort und den Tag der Verhandlung;
2. die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;
3. die Bezeichnung des Rechtsstreits;
4. die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;
5. die Angabe, dass öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.

§ 146.

Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:

1. die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;
2. die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
3. die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
4. das Ergebniss eines Augenscheins;

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 132; Seuffert S. 148; Gaupp S. 406, 407. A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 184; Endemann I S. 500.

[2]) V. auch jur. Wochenschrift a. a. O. S. 117.

5. die Entscheidungen (Urtheile, Beschlüsse, und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
5. die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

(E. §§ 139 u. 140. M. 446. K. 55 ff., 152, 665.)

1) Im § 145 werden die Formalien bezeichnet, welche das Sitzungsprotokoll (in der Einleitung) zu enthalten hat. Die Nichtbeobachtung dieser Förmlichkeiten hat jedoch nicht ohne Weiteres die Ungültigkeit des Protokolls zur Folge. Vielmehr unterliegt die Beweiskraft eines mangelhaften Protokolls dem Ermessen des Gerichts.[1]) Durch § 146 wird die Frage geregelt, inwieweit der Inhalt der Verhandlung in diesem Protokoll niedergelegt werden soll.

2) Nach § 146 Abs. 1 ist der Gang der Verhandlung im Allgemeinen anzugeben. Es müssen also die wesentlichen Vorgänge z. B. der Umstand, dass ein Eid geleistet oder verweigert wurde auch dann erwähnt werden wenn sie nicht zu denjenigen Thatsachen gehören, welche in Abs. 2 (Z. 1—6) ausdrücklich aufgezählt sind. Dass eine Verhandlung stattgefunden hat und worüber verhandelt wurde kann übrigens nicht bloss durch das Sitzungsprotokoll sondern auch durch andere Beweismittel festgestellt werden soweit nicht § 150 zutrifft. Auch ist der Gegenbeweis gegen den Inhalt des Protokolls zulässig (§ 380).[2])

3) Die in § 146 Z. 1, 3, 4, 5 u. 6 aufgezählten Punkte sind unter allen Umständen festzustellen; dagegen sollen die „Anträge und Erklärungen", von denen in Z. 2 gesprochen wird nur dann in das Protokoll aufgenommen werden wenn deren Feststellung besonders vorgeschrieben ist. Solche Vorschriften bestehen bezüglich der „Anträge", die im Anwaltsprozess gestellt werden und bezüglich der im vorbereitenden Verfahren zu bewirkenden Feststellungen der Art, dass die Feststellung von Amtswegen erfolgen muss (§§ 269 u. 315). Geständnisse (§ 261), die nicht mit den nach Z. 1 von Amtswegen festzustellenden Anerkenntnissen und Verzichten (§§ 277 u. 278) verwechselt werden dürfen sind ebenso wie anderweitige wesentliche Erklärungen nur auf Antrag in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen. (§§ 270 und 470.) Für das amtsgerichtliche Verfahren enthält § 470 Abs. 1 eine besondere Vorschrift, nach welcher die Feststellung von Anträgen und Erklärungen vom Ermessen des Richters abhängt.

4) Es ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, dass der Gerichtsschreiber das Sitzungsprotokoll aufzunehmen habe, doch ergibt sich dies aus der Natur der Sache von selbst und wurde auch in den Motiven (446) hervorgehoben. Dieser

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 132; Seuffert S. 148; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 185; von Sarwey I S. 240; Gaupp I S. 409.

[2]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 185.

ist verpflichtet, das Protokoll selbständig den gesetzlichen Vorschriften gemäss zu führen und kann nicht verlangen, dass ihm dasselbe diktirt werde. Da es aber Sache des Gerichts ist festzustellen, in welcher Weise ein Anerkenntniss oder ein Vergleich oder die Aussage eines Zeugen aufzufassen und zu beurkunden ist so können solche Erklärungen, die von besonderer Wichtigkeit sind oder bezüglich deren Zweifel bestehen auch vom Vorsitzenden diktirt werden. Bezüglich der Protokollirung von Zeugenaussagen und Gutachten von Sachverständigen erklärte von Amsberg in der J.-K. (152): „Nach der Intention des Entwurfs sollten die Protokolle über Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmung in der Regel nicht diktirt sondern vom Gerichtsschreiber selbständig durch Fixirung der erheblichen Punkte geführt werden. Ein „Diktiren" sei zwar nicht absolut ausgeschlossen, er hoffe aber, es werde das eine Seltenheit sein." Ein Antrag, durch welchen der Landesgesetzgebung das Recht eingeräumt werden sollte „anstatt des Protokolls durch den Gerichtsschreiber die stenographische Niederschrift der Verhandlung durch verpflichtete Stenographen zuzulassen", wurde von der J.-K. (665) abgelehnt.

5) Das Protokoll ist während der Verhandlung niederzuschreiben. Für jede Sache ist ein besonderes Protokoll zu errichten, das den Gerichtsakten einverleibt wird. Nach Abs. 3 des § 146 brauchen solche Erklärungen, die in besonderen Schriftstücken beurkundet sind, nicht noch einmal in das Sitzungsprotokoll aufgenommen zu werden. Es genügt vielmehr, dass diese Schriftstücke dem Protokoll als Anlage beigefügt und in demselben als solche bezeichnet werden. Bezüglich der „Anträge" der Parteien sowie der Erklärungen, welche nicht schon in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten und besonders festzustellen sind und der Geständnisse ist in den §§ 269 und 270 vorgeschrieben, dass sie durch besondere Schriftsätze, welche dem Protokoll als Anlage beigefügt werden festgestellt werden sollen.

§ 147.

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozessgericht erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, dass die Vernehmung stattgefunden habe.

(E. § 141. M. 446. K. 56.)

Nach § 147 „kann" die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen unterbleiben wenn die Vernehmung vor dem erkennenden Gerichte selbst erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. Die Vorschrift kann hienach nur insoweit zur Anwendung kommen als die Vernehmung in der Berufungs- oder Revisionsinstanz erfolgt. Ein Antrag, nach welchem die Feststellung für den Fall angeordnet werden sollte „wenn die Verhandlung sich nicht unmittelbar an die Beweiserhebung anreihe" wurde von der J.-K. (56) abgelehnt.

§ 148.

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 146 betrifft, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, dass dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

§ 149.

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

§ 150.

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

(K. §§ 142—144. M. 446. K. 56.)

1) Das Sitzungsprotokoll ist vom Vorsitzenden und vom Gerichtsschreiber, nicht auch von den Parteien oder den Zeugen und Sachverständigen zu unterschreiben und erlangt bei Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten durch diese Unterschrift Beweiskraft. Für den Fall, dass der Vorsitzende bezw. Amtsrichter verhindert ist zu unterschreiben, trifft § 149 Abs. 2 Vorsorge. Soweit die Unterschrift des Vorsitzenden überhaupt nothwendig ist bewirkt ihr Fehlen in derselben Weise, dass dem Protokoll die Beweiskraft mangelt wie das Fehlen der Unterschrift des Gerichtsschreibers. [1]) Die Mitunterzeichnung durch den Vorsitzenden ist keine blosse Förmlichkeit sondern der Vorsitzende bezeugt ebenso wie der Gerichtsschreiber die Richtigkeit des Inhalts des Protokolles. Aus dessen Mitwirkung folgt, dass der Gerichtsschreiber unter seiner Leitung und Aufsicht handelt. Die Stellung des Gerichtsschreibers ist jedoch nicht eine derart unter-

[1]) V. auch Gaupp I S. 415; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 188; ferner Keller, St.-P.-O. II. Aufl. S. 348, Löwe St.-P.-O. II. Aufl. S. 538. A. M. ist Endemann I S. 511, dem sich, wie es scheint, Struckmann und Koch (S. 147) anschliessen. Dass ein gar nicht oder vom Vorsitzenden allein unterzeichneter Randsatz unwirksam ist, hat das R.-G. in Strafsachen mehrmals entschieden (Entscheid. Bd. I S. 241; Rechtsprechung Bd. II S. 658).

geordnete, dass für die Beurkundung lediglich die Auffassung des Vorsitzenden massgebend ist. [1]) Der Fall, dass der Gerichtsschreiber das Protokoll nicht unterschrieben hat ist nicht vorgesehen weil angenommen wird, dass derselbe dem Protokoll unmittelbar nach der Fertigung seine Unterschrift beisetzt.

2) Den bei der Verhandlung betheiligten Personen also unter allen Umständen den Parteien und im Falle einer Beweisaufnahme auch den Zeugen und Sachverständigen muss nach § 148 durch Vorlesung oder durch Vorlegung des Protokolls zum Zweck der Durchsicht Gelegenheit gegeben werden, sich von der Richtigkeit der in Abs. 2 Z. 1—4 des § 146 vorgesehenen Feststellungen zu überzeugen. Auch steht denselben das Recht zu, die Fassung des Protokolls zu beanstanden und eine Entscheidung des Gerichts hierüber herbeizuführen. Eine Genehmigung des Protokolls durch die Betheiligten ist dagegen nicht erforderlich. Zeugen und Sachverständige sind nur insoweit als Betheiligte anzusehen als ihre eigene Aussage in Frage steht. Auch soweit es sich um die Fassung eines ausgeschworenen Eides handelt (v. Bem. 1 zu § 145) haben die Parteien das Recht, von dem Protokoll Einsicht zu nehmen und die Berichtigung zu beantragen. Ob die Mittheilung durch Vorlesung oder durch Vorlage des Protokolls zu erfolgen hat, ist dem Ermessen des Gerichts überlassen.

3) Das Sitzungsprotokoll begründet als öffentliche Urkunde (nach §§ 380 und 383) vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen wenn die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet wurden. (§ 380.) Damit diese Beweiskraft dem Sitzungsprotokoll zukommt, wird vorausgesetzt, dass dasselbe in der vorgeschriebenen Weise unterschrieben und soweit es nothwendig ist den Betheiligten vorgelesen oder vorgelegt wurde. Im Allgemeinen ist bezüglich des Inhalts des Protokolls der Beweis der Unrichtigkeit zulässig. (§ 380.) Die Feststellung, dass die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet wurden, kann jedoch nach § 150 nur durch den Nachweis der Fälschung entkräftet werden. Andrerseits kann der Nachweis der Beobachtung dieser Förmlichkeiten nach diesem § nur durch das Sitzungsprotokoll erfolgen. Was unter die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten gehört, welche nicht mit den Formen des Protokolls zu verwechseln sind, sagt die C.-P.-O. nicht. Zu denselben gehört die Besetzung des Gerichts und die Zuziehung des Gerichtsschreibers, der Umstand, dass die Verhandlung eine öffentliche oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen war, die Anwesenheit der Parteien bezw. ihrer Bevollmächtigten und der Umstand, ob von beiden Seiten oder nur von einer Partei verhandelt wurde, die Verkündung der Entscheidungen u. s. w. [2]) Ist das Vorhandensein einer dieser Voraussetzungen z. B. die Mitwirkung der vorgeschriebenen Zahl von Richtern nicht im Protokoll festgestellt so ist anzunehmen, dass es an der betr. Voraussetzung fehlte. Dagegen ist im Falle der Feststellung des Vorhandenseins einer bestimmten Voraussetzung der Gegenbeweis insoweit ausgeschlossen als nicht eine Fälschung d. h. eine wissentlich falsche Beurkundung nachgewiesen werden kann. Ob diese durch Strafurtheil festgestellt

[1]) Keller, St.-P.-O. II. Aufl. S. 348 ff. Endemann I S. 511. A. M. ist Gaupp a. a. O.
[2]) V. auch Gaupp I S. 415 ff.

oder überhaupt strafbar ist, darauf kommt nichts an. Auf die in § 146 Nr. 1—5 vorgesehenen materiellen Feststellungen bezieht sich die Vorschrift des § 150 nicht. Das Verhältniss zwischen dem Sitzungsprotokoll und dem im Urtheil festgestellten Thatbestand ist durch § 285 geregelt.

§ 151.

Zu den Verhandlungen, welche ausserhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

(E. § 145. M. 446. K. 56.)

Ueber die ausserhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfindenden Verhandlungen müssen natürlich auch Protokolle aufgenommen werden. Während der nordd. Entwurf (in § 368) bezüglich derselben besondere Vorschriften enthielt hat man solche bei Aufstellung der Entwürfe, welche der C.-P.-O. zu Grund liegen, im Allgemeinen für entbehrlich gehalten oder war wenigstens der Ansicht, „dass die C.-P.-O. nicht der richtige Ort sei, um allgemeine Bestimmungen über die Aufnahme von Protokollen der Gerichte und der Gerichtsschreiber zu geben.“ (M. zum Entw. von 1872 S. 172.) Nur das wird durch § 151 festgestellt, dass der Gerichtsschreiber bei allen derartigen Verhandlungen beigezogen werden muss. Soweit nicht in den in § 154 G.-V.-G. vorgesehenen Dienstanweisungen für die Gerichtsschreiber besondere Vorschriften gegeben wurden, sind die Bestimmungen der §§ 145 ff. auch auf die übrigen gerichtlichen Protokolle in entsprechender Weise anzuwenden.

Bezüglich der „Terminologie“ der C.-P.-O. ist zu bemerken, dass der Entwurf unter einem „beauftragten Richter“ ein Mitglied des Gerichts selbst — einen deputatus collegii — unter einem „ersuchten Richter“ dagegen ein anderes Gericht (nach § 158 G.-V.-G. ein Amtsgericht) versteht. (M. 446.)

Zweiter Titel.

Zustellungen.

(§§ 152—190.)

Vorbemerkungen.

1. Prozessbetrieb.

Für die Frage, wie die Geschäftsvermittlung unter den Parteien und zwischen diesen und dem Gericht zu regeln sei und in welcher Weise die hiezu erforderlichen Zustellungen zu erfolgen haben, war die Stellung entscheidend, welche in der C.-P.-O. zu den in Deutschland bezüglich des sogen. Prozessbetriebs bestehenden Systemen eingenommen wurde. Es war zu wählen zwischen dem, den

gemeinen und altpreussischen Prozess beherrschenden und auch in vielen neueren Prozessordnungen festgehaltenen, System „des Offizialbetriebs des Prozesses durch die Gerichte“, nach welchem das Zustellungs- wie das Vollstreckungsgeschäft in der Hand der Gerichte und der von ihnen zu beauftragenden Beamten liegt und zwischen dem im französischen Recht und der bayerischen Pr.-O. geltenden System des „unmittelbaren Prozessbetriebs durch die Parteien“ oder „der Passivität der Gerichte“. (M. 446 u. 447.) In der Hauptsache hat sich der Gesetzgeber für das System des Parteibetriebs entschieden. Nach dem Vorgang der hannöverischen Prozessordnung wurde dieses System aber nur in modificirter Gestalt übernommen. (M. 447.) Wie die Einleitung und Vorbereitung des Prozesses so ist auch die Betreibung desselben im Allgemeinen Sache der Parteien, welche den Prozess im Gang zu erhalten und im Falle einer Unterbrechung oder Aussetzung (§§ 217 ff.) die Wiederaufnahme zu bewirken haben. [1]) Sie haben die erforderliche Thätigkeit des Gegners durch ihre Aufforderungen, die Verfügungen des Gerichts durch ihre Anträge zu veranlassen und den Fortgang des Prozesses insbesondere die Einhaltung der Formen und Fristen durch den Gegner, soweit dies nicht im öffentlichen Interesse vom Gerichte von Amtswegen zu geschehen hat, zu überwachen sowie den Antrag auf Verhängung der Versäumnissfolgen zu stellen. Das richterliche Prozessleitungsamt, das im Interesse des Staats an einer geordneten Rechtspflege seinen Grund hat, wird durch den Grundsatz des Prozessbetriebs durch die Parteien nicht ausgeschlossen wohl aber beschränkt. Ebenso erleidet dieser Grundsatz seinerseits Beschränkungen durch die Befugnisse, welche dem Richter im öffentlichen Interesse zugewiesen wurden. Im Grossen und Ganzen kommt das Prozessleitungsamt des Richters bei der mündlichen Verhandlung ziemlich ungehindert zur Geltung. Dagegen hat die Thätigkeit des Gerichts in Beziehung auf die Betreibung des Prozesses, welche im Allgemeinen ebenso der Verfügung der Partei unterworfen ist wie die Anhängigmachung desselben nur da einzutreten wo dies ausdrücklich vorgeschrieben ist oder wo sich dieselbe doch durch den Geist des Gesetzes rechtfertigt.

Als Beschränkungen, denen der Grundsatz des Prozessbetriebs durch die Parteien unterliegt, sind zu erwähnen:

1) Bei der Einleitung des Prozesses bezw. einer neuen Instanz hat der Vorsitzende des Gerichts oder Amtsrichter dadurch mitzuwirken, dass er den Termin zur Verhandlung festsetzt (§§ 193, 456, 458, 485 ff., 520 ff., 548, 570);

2) Das Gericht hat auch bei der Fortführung des Prozesses mitzuwirken, indem:

a. Dasselbe regelmässig für Anberaumung der nöthig werdenden Termine sorgt (§§ 127 Abs. 3, 281, 314, 316, 317, 326, 335, 485, 520, 548);

b. Der angeordnete Beweis auch im Fall des Ausbleibens der Parteien von Amtswegen aufgenommen wird (§§ 332, 456, 485, 520, 548);

c. Die Ladung der Zeugen und Sachverständigen, sowie die Herbeischaffung von Urkunden, welche sich im Besitze von anderen Behörden befinden, auf Betreiben des Gerichts erfolgt (§§ 342, 367, 397);

[1]) V. Bem. zu § 141 und Bem. 2 zu §§ 205, 206.

3) Bezüglich der Zustellungen tritt die Thätigkeit des Gerichts insofern ein, als:

a. Im Parteiprozess der Auftrag zur Vornahme einer Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erfolgen kann und die Inanspruchnahme desselben sogar in Ermanglung einer gegentheiligen Bestimmung vermuthet wird (§§ 152 Abs. 2, 154, 458);

b. Die Ausführung der Zustellungen im Auslande, an Exterritoriale und mittelst öffentlicher Bekanntmachung von Amtswegen und ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers geschieht (§§ 182 ff., 186 ff.);

c. Nicht verkündete Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts den Parteien von Amtswegen zugestellt werden (§ 294).

Ausserdem tritt im Zwangsvollstreckungsverfahren eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Masse ein.

2. Gerichtsvollzieher.

Der unmittelbare Prozessbetrieb durch die Parteien setzt untergeordnete, nicht richterliche, Beamte voraus, denen eine selbständigere Stellung eingeräumt werden musste, als dem deutschen Gerichtsdiener, der ein blosses Werkzeug der Gerichte war. Diese Beamte — die Gerichtsvollzieher — handeln nicht bloss nach Massgabe der ihnen für den einzelnen Fall ertheilten Weisungen des Gerichts. Vielmehr haben sie die ihnen von den Prozessparteien ertheilten Aufträge selbständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung der Zulässigkeit derselben und eigener unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen. Die Ansprüche der G.-V. auf Vergütung für ihre Thätigkeit sind durch die G.-O. für G.-V. vom 24. Juni 1878 geregelt. Bei Zustellungen, welche von Amtswegen angeordnet werden ist die Staatskasse als Schuldnerin des G.-V. anzusehen. (G.-K.-G. § 79; G.-O. für G.-V. §§ 18 u. 19.) Der Wirkungskreis der Gerichtsvollzieher beschränkt sich im Gebiet der bürgerlichen streitigen Rechtspflege auf:

1) Die Vornahme von Zustellungen (§§ 152 u. 153);

2) Die Anfertigung von Ladungsurkunden (§§ 460, 463);

3) Die Zwangsvollstreckung, soweit sie nicht den Gerichten vorbehalten ist (§ 674).

Welche Befugnisse den Gerichtsvollziehern im Einzelnen zustehen ergibt sich aus den gesetzlichen Vorschriften, welche sich auf deren Thätigkeit beziehen. Bezüglich der Zustellungen und der damit zusammenhängenden Beurkundungen sind in den §§ 152 ff. insbesondere §§ 173 ff., hinsichtlich der über die Vollstreckungshandlungen zu errichtenden Protokolle in § 682 die nöthigen Vorschriften gegeben. Im Uebrigen ist es (nach § 155 G.-V.-G.) den Landesjustizverwaltungen und soweit es sich um den Dienst bei dem Reichsgerichte handelt dem Reichskanzler überlassen, die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher zu regeln. Durch § 156 dieses Gesetzes wurden die Fälle bestimmt, in welchen der Gerichtsvollzieher kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat ebenso wie die örtliche Unzuständigkeit die Unwirksamkeit des Gerichtsvollzieherakts zur Folge. Jedoch kommt in

beiden Fällen § 267 zur Anwendung. Die Prüfung der Fähigkeit wie der Zuständigkeit des beauftragten Gerichtsvollziehers geht auf Gefahr der Partei, welche die Zustellung bewirken lässt. Mit Rücksicht auf die zur Ausführung von Vollstreckungen, Ladungen und Zustellungen erforderlichen Handlungen enthält § 161 G.-V.-G. die Vorschrift, dass nichts darauf ankommt ob diese Handlungen in einem anderen Bundesstaat vorzunehmen sind als demjenigen, welchem das Prozessgericht angehört. Es bedarf also nicht eines Ersuchens um Rechtshülfe wenn die Thätigkeit eines solchen Gerichtsvollziehers in Anspruch genommen werden soll, der in einem andern Bundesstaate angestellt ist. Vielmehr kann derselbe vom Prozessgericht unmittelbar mit Vornahme von Zustellungen beauftragt werden. Bezüglich des besonderen Gerichtsstandes der Gerichtsvollzieher für die Klagen wegen ihrer Gebühren und Auslagen ist § 34 zu vergleichen. Die Möglichkeit, dieselben im Lauf des Prozesses zur Zahlung der von ihnen veranlassten Kosten zu verurtheilen gibt § 97.

3. Zustellung.

Unter Zustellung wird die Mittheilung der Abschrift oder Ausfertigung eines Schriftstücks verstanden, welche in förmlicher Weise unter Beurkundung der geschehenen Mittheilung erfolgt. Bei der Zustellung kann es sich um gerichtliche Akte oder Parteierklärungen handeln. Dieselbe kann durch das Gericht von Amtswegen angeordnet oder unmittelbar durch die Parteien veranlasst werden. Von der Zustellung im weiteren Sinne des Worts, welche eine Reihe von Handlungen umfasst, ist die gleichfalls als Zustellung bezeichnete Uebergabe des Schriftstücks zu unterscheiden. Unter dem „zuzustellenden“ Schriftstück wird, soweit eine Abschrift übergeben wird, nicht diese sondern das Schriftstück verstanden, von dem eine Abschrift angefertigt werden soll und von dem der Zustellungsempfänger in dieser Weise Mittheilung erhält. (Bem. zu §§ 155 ff.) Die Zustellungen erfolgen regelmässig entweder durch Gerichtsvollzieherakt oder durch die Post. Neben diesen allgemeinen Zustellungsformen, auf welche sich die Vorschriften der §§ 152—175 und 176—179 beziehen, kennt die C.-P.-O. noch: die Zustellung von Anwalt zu Anwalt (§ 181), die Zustellung durch Requisition ausländischer Behörden (§§ 182 ff.), die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (§§ 186 ff.) und die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161.) Eine Zustellung durch Notare ist nach der C.-P.-O. nicht zulässig, ebensowenig eine solche durch den Telegraphen. Ausser den Zustellungen sind in der C.-P.-O. auch noch einfache Mittheilungen („Anzeigen“, „Benachrichtigungen“ u. s. w.) vorgesehen, bezüglich deren es einer besonderen Form und einer Beurkundung der Mittheilung nicht bedarf. (V. z. B. §§ 70, 125, 327, 329, 330, 351, 463, 603, 623, 634, 669.) Auch in derartigen Fällen kann die Mittheilung durch Gerichtsvollzieherakt geschehen. Es kommt aber dann hinsichtlich der Kosten § 87 C.-P.-O. zur Anwendung.

§ 152.

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl

der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozessgerichts.

(E. § 146. M. 446—449. K. 56 ff. 527 ff.)

1) Mit Vornahme einer Zustellung kann jederzeit ein Gerichtsvollzieher beauftragt werden. Es ist aber die Zustellung durch Gerichtsvollzieher nicht, wie aus der Fassung des Abs. 1 gefolgert werden könnte, im Gegensatz zur Zustellung durch die Post (§§ 176 ff.) als das regelmässige Verfahren anzusehen. Die abweichende Fassung der §§ 152 und 176 erklärt sich dadurch, dass die Vorschrift des ersteren aus einer Zeit stammt, in welcher die Zustellung durch die Post noch nicht vorgesehen war. Diese letztere bildet sogar insofern die Regel als nach § 180 die durch die Zustellung durch Gerichtsvollzieher erwachsenen Mehrkosten von der betr. Partei getragen werden müssen wenn die Zustellung hätte durch die Post bewirkt werden können. Die Partei, welche eine Zustellung durch Gerichtsvollzieher bewirken lassen will hat übrigens nicht unbedingt die Wahl, welchen Gerichtsvollzieher sie beauftragen will muss vielmehr einen solchen wählen, der zuständig ist d. h. in dessen Wirkungskreis die fragliche Zustellung nach den auf Grund des § 155 G.-V.-G. erlassenen Vorschriften gehört. Nur bezüglich der durch die Post zu bewirkenden Zustellungen kann jeder deutsche Gerichtsvollzieher in Anspruch genommen werden. (Bem. I. 1 zu § 176 ff.) Für Zustellungen von Anwalt zu Anwalt ist nach § 181 weder die Vermittlung eines Gerichtsvollziehers noch die der Post erforderlich.

2) Die in diesem Titel gegebenen Vorschriften betreffen an sich nur die Zustellungen, welche in den durch die C.-P.-O. geregelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit erfolgen. Dieselben wurden jedoch durch die Ausführungsgesetze und Uebergangsbestimmungen der einzelnen Staaten meist auch auf die Zustellungen in anderen gerichtlichen Angelegenheiten und auf Zustellungen in älteren Prozessen für anwendbar erklärt. Der § 152 hat wie der ganze zweite Titel zunächst die auf Anstehen einer Partei erfolgenden Zustellungen im Auge. Derselbe findet jedoch auch auf die von Amtswegen zu bewirkenden Zustellungen Anwendung. [1]) Für diese Zustellungen hat der Gerichtsschreiber als ausführendes Organ des Gerichts den Auftrag zur Zustellung zu ertheilen. Derselbe kann nach seinem Ermessen die Zustellung durch die Post oder durch den Gerichtsvollzieher bewirken lassen; der § 180 findet auf solche Zustellungen keine Anwendung. [2])

3) In Anwaltsprozessen d. h. in solchen Prozessen, in denen im Allgemeinen Anwaltszwang besteht (§ 74 Abs. 1) ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar vom Anwalt mit Vornahme der Zustellung zu beauftragen. Ein Antrag nach welchem es den Anwälten in bestimmten Fällen gestattet sein sollte, sich der Vermittlung des Gerichtsschreibers zu bedienen wurde von der J.-K. (S. 56, 57) abgelehnt. Die unmittelbare Berufung des Gerichtsvollziehers durch die Partei oder deren

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 139; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 192; Gaupp I S. 424. A. M. ist anscheinend Endemann I S. 520.

[2]) V. Gaupp I S. 424.

Bevollmächtigten erscheint übrigens nicht als unzulässig da es sich hiebei nicht um eine Vertretung vor dem Prozessgerichte (§ 74 Abs. 1) handelt. [1]) In Prozessen vor den Amtsgerichten hat die Partei die Wahl ob sie den Gerichtsvollzieher unmittelbar mit der Zustellung beauftragen, oder sich der Vermittlung des Gerichtsschreibers bedienen will, der dann je nachdem die Partei ihren Willen ausgesprochen hat einen Gerichtsvollzieher beauftragen oder die Zustellung durch die Post veranlassen muss. (V. Bem. zu § 154.) Auch in diesem Falle gilt der Gerichtsvollzieher als Beauftragter der Partei, nicht als der des Gerichtsschreibers, der nur den Auftrag der Partei vermittelt und desshalb auch dem Gerichtsvollzieher nicht für die Kosten haftet. In dem unter § 74 Abs. 2 fallenden Verfahren können die Zustellungen gleichfalls durch Vermittlung des Gerichtsschreibers bewirkt werden. (V. Bem. 1 zu § 154.) Ein Antrag nach welchem die Partei genöthigt sein sollte, sich der Vermittlung des Gerichtsschreibers zu bedienen wurde von der J.-K. (56 ff. 528 ff.) abgelehnt.

§ 153.

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zusteilung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, dass dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

(E. § 147. M. 449. K. 57.)

1) In Abs. 1 des § wird das Verhältniss zwischen der auftraggebenden Partei und dem Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber geregelt und vorgeschrieben, dass jede auch eine mündliche Vollmacht für diese letzteren genügt. Während der Gerichtsschreiber schon dann als bevollmächtigt gilt wenn die Partei nicht erklärt hat, dass sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle (§ 154) und die Partei diese Erklärung nöthigenfalls nachweisen muss, hat der Gerichtsvollzieher wenn seine Bevollmächtigung von der Partei bestritten wird dieselbe dieser gegenüber nachzuweisen. Der Beweis kann aber durch alle Mittel erbracht werden. Es genügt auch der Nachweis, dass der Auftrag durch konkludente Handlungen (z. B. durch Zusendung der betr. Schriftstücke) ertheilt wurde. [2]) Wurde eine Zustellung ohne Auftrag der Partei vorgenommen, sei es dass der Gerichtsvollzieher ohne alle Bevollmächtigung handelte, sei es dass der Gerichtsschreiber den Auftrag zur Vornahme der Zustellung ertheilt obgleich

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 138; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 194; Hellmann I S. 467 und Kleiner I S. 566.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 139; Gaupp I S. 426; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 195. A. M sind: Endemann I S. 524; Hellmann I S. 467.

ihm die Ermächtigung hiezu entzogen war, so ist der Zustellungsakt unwirksam. Durch die (ausdrückliche oder stillschweigende) Genehmigung der Partei wird aber dieser Mangel gedeckt.

2) In Abs. 2 wird das Verhältniss des Gerichtsvollziehers zu dem Dritten geordnet, dem eine Urkunde zugestellt wurde und diesem gegenüber vorgeschrieben, dass er wenn er den Auftrag bestreitet den Nachweis erbringen müsse, dass ein solcher nicht ertheilt worden sei. Der Gerichtsvollzieher bedarf sonach, „dem Requisiten oder Dritten gegenüber keines Auftragsnachweises (Vollmacht).“ (M. 449.) Auf das in Abs. 1 geregelte Verhältniss zwischen der auftraggebenden Partei und dem Gerichtsvollzieher bezieht sich Abs. 2 nicht. Für die Annahme, dass das Gesetz den Gerichtsvollzieher der Partei gegenüber günstiger als den Anwalt stellen wollte, fehlt jeder Grund. (V. auch §§ 675 und 676 sowie die Bem. zu diesen §§.) [1]) Wenn ursprünglich dem Gerichtsvollzieher kein Auftrag ertheilt war aber die Zustellung später genehmigt worden ist, wird übrigens der Gegner da durch die Genehmigung der Vollmachtspunkt geregelt wird nicht berechtigt sein, den ursprünglichen Mangel der Vollmacht geltend zu machen. (V. Bem. I. 5 zu § 54.)

§ 154.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, dass sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

(E. § 148. M. 449. K. 57 u. 63, 64.)

1) In welchen Fällen eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig also die in § 154 demselben auferlegte Verpflichtung begründet ist, muss nach § 152 beurtheilt werden. Nach dessen Vorschrift ist aber die unmittelbare Beauftragung bloss in Anwaltsprozessen geboten. Als solche gelten nach § 74 Abs. 1 diejenigen Prozesse, in welchen sich die Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen muss. Auch soweit § 74 Abs. 2 zur Anwendung kommt, ist sonach die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers ausgeschlossen. [2])

2) Nach dem Wortlaute des § könnte man annehmen, dass der Gerichtsschreiber wenn von der Partei seine Vermittlung in Anspruch genommen wird regelmässig einen Gerichtsvollzieher beauftragen müsse. Nach § 179 steht demselben aber wenn ihm die Partei freie Hand lässt ebenso wie dieser selbst die

[1]) V. auch Puchelt I S. 421 Bem. 3; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 139; Hellmann I S. 468; Gaupp I. S. 426, 427; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 195. A. M. sind: Seuffert S. 154; Endemann I S. 524; von Sarwey I S. 249; Bolgiano S. 345.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 138; Puchelt I S. 418; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 194; Endemann I S. 523; Gaupp I S. 428. Die entgegengesetzte Ansicht, welche früher der Verfasser aufstellte, wird noch vertreten von Kleiner I S. 566 und von Sarwey I. S. 248.

Wahl zwischen der Zustellung durch Gerichtsvollzieher und der durch die Post (§ 176 ff.) zu. Ja es muss auch der Gerichtsschreiber wenn die Zustellung durch die Post erfolgen kann dieser nach § 180 den Vorzug geben und kann wenn er dies unterlässt und ein grobes Verschulden vorliegt nach § 97 zur Zahlung der Mehrkosten verurtheilt werden, welche der Partei dadurch erwuchsen. Dass der Partei die Wahl zwischen dem Gerichtsvollzieher und der Post zusteht und der Gerichtsschreiber, welcher als deren Beauftragter anzusehen ist, deren Anordnungen in dieser Beziehung folgen muss, wurde schon früher (Bem. 2 zu § 152) erwähnt. [1])

§ 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

§ 156.

Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

(E. § 149. M. 449. K. 57, 529, 530.)

1. Thätigkeit des betreibenden Theils. (§ 155.)

Bei jeder Zustellung im Sinne der C.-P.-O. handelt es sich um eine Urkunde oder ein Schriftstück, das einer bestimmten Person ausgehändigt werden soll. Unter dem „zuzustellenden Schriftstücke“ wird nicht die Abschrift verstanden, welche zur Aushändigung an den Zustellungsempfänger [2]) bestimmt ist,

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 140; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 194; Gaupp I S. 428.

[2]) In den Motiven wird die Partei, an welche die Zustellung erfolgen soll, unter Beibehaltung des in den Ländern französischen Rechts theilweise bestehenden

sondern die Urschrift der betr. Urkunde, welche im Besitz des Gerichtsvollziehers bleibt und von diesem an die Partei zurückzugeben ist. (V. Bem. 1 zu § 152 und M. 447.) Nach der Vorschrift des § hat die Partei, in deren Auftrag die Zustellung vorgenommen werden soll, oder „der betreibende Theil“ (M. 449) dem Gerichtsvollzieher oder dem die Beauftragung vermittelnden Gerichtsschreiber ausser der nöthigen Zahl von Abschriften auch die Urschrift des betr. Schriftstücks zu übergeben. Dass die Uebergabe dieser Urschrift vom Gerichtsvollzieher verlangt werden kann und zur Wahrung seiner Verantwortlichkeit verlangt werden muss wenn diesem die Beglaubigung übertragen ist versteht sich von selbst. Aber auch wenn diese letztere vom Anwalt oder Gerichtsschreiber vorgenommen wurde, kann der Gerichtsvollzieher die Uebergabe der Urschrift verlangen. (§ 173.) Bei solchen Zustellungen, welche vom Gericht von Amtswegen verfügt werden (§§ 294, 342 und 367), hat die Uebergabe der nöthigen Schriftstücke durch den Gerichtsschreiber zu erfolgen, der (nach § 156 Abs. 2) die Beglaubigung vorzunehmen hat. Auf die Fälle, in welchen eine Ausfertigung zuzustellen ist, bezieht sich § 155 nicht. Zur Zeit, als derselbe aufgestellt wurde, bestand die Absicht, dass in allen Fällen Abschriften übergeben werden sollten und es wurde übersehen, dass die Einschaltung des § 156 eine Aenderung in der Fassung des § 155 bedinge. (Bem. 2.) Soweit Ausfertigungen zuzustellen sind, erhält der Gerichtsvollzieher die erforderliche Anzahl von solchen und händigt dieselben bei der Zustellung aus.

Die in § 155 Abs. 2 enthaltene Vorschrift wurde von der J.-K. (Pr. 57 und 58) beigefügt. Es soll durch dieselbe der Partei bezüglich der Uebergabe und der Zeit derselben ein Beweismittel verschafft werden, dessen sie zur Verfolgung etwaiger Schadenersatzansprüche gegen den Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher wie zur Erlangung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 213) bedürfen kann. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift macht hienach die Zustellung nicht ungültig und kann daraus namentlich der Zustellungsempfänger keine Rechte ableiten. Der Beweis der Zeit der Uebergabe kann auch durch andere Beweismittel geführt werden.

2. Zustellung von Ausfertigungen.

Nach § 166 des Entwurfs sollte dem Zustellungsempfänger in allen Fällen eine beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks übergeben werden. Nach § 156, der von der J.-K. eingeschaltet wurde und dessen Inhalt früher theilweise in § 173 enthalten war, verhält sich dies aber anders sofern eine Ausfertigung zugestellt werden soll. Es ist dann diese selbst zu übergeben und eine Abschrift gar nicht anzufertigen. In welchen Fällen eine Ausfertigung zuzustellen ist, sagt § 156 nicht. Nach der ganzen Entstehungsgeschichte dieses § ist aber die Annahme ausgeschlossen, dass durch denselben das System des Entwurfs soweit es sich um Ausfertigungen handelt vollständig beseitigt werden sollte und nun überall wo eine Ausfertigung d. h. eine von einer Behörde oder einem Beamten in bestimmter Form ausgestellte Urkunde vorliegt die Uebergabe einer

Sprachgebrauchs „Requisit“ genannt. Der Ausdruck „Zustellungsempfänger“ ist jedoch dem unschönen Fremdwort vorzuziehen.

beglaubigten Abschrift unzulässig ist. Vielmehr ist nach der Fassung des § wie nach der Entstehungsgeschichte desselben anzunehmen, dass sich die darin enthaltene Vorschrift lediglich auf solche Fälle bezieht, in welchen nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes oder der Natur der Sache nach die Ausfertigung selbst, nicht eine Abschrift übergeben werden soll. Ein solcher Fall liegt vor bei der Ladung der Zeugen und Sachverständigen (§ 342, 367), da in diesen Fällen die ausgefertigte Ladung, welche selbst als Urschrift erscheint, dem Zeugen oder Sachverständigen mitgetheilt wird und es keinen Sinn hätte, die Ausfertigung zurückzubehalten und den Zeugen und Sachverständigen eine Abschrift mitzutheilen. Ausserdem gehört hierher die Zustellung des schiedsrichterlichen Erkenntnisses, das nach § 865 den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung auszuhändigen ist. Aber auch bei anderen von Amtswegen zu bewirkenden Zustellungen von gerichtlichen Entscheidungen besonders von Beschlüssen und prozessleitenden Verfügungen (§ 294) kann es vorkommen, dass nicht der Beschluss bei den Akten behalten und den Parteien eine Abschrift gegeben wird sondern dass diese eine Ausfertigung erhalten und das Konzept den Gerichtsakten einverleibt oder der Beschluss bloss vorgemerkt wird. Ob das eine oder andere zu geschehen hat ist nicht nach § 156, der lediglich das Verfahren bei Zustellung von Ausfertigungen regelt sondern nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften und Geschäftsanweisungen zu beurtheilen. Die Parteien haben wo es das Gesetz nicht besonders vorschreibt kein Recht auf Aushändigung einer Ausfertigung sondern müssen sich mit einer Abschrift des Beschlusses begnügen. Sie können sich aber noch weniger beschweren wenn ihnen eine Ausfertigung zugestellt wird obgleich eine blosse Abschrift genügt hätte. Soweit der Partei eine gerichtliche Entscheidung von Amtswegen zuzustellen ist, wird ihr in der Regel eine Ausfertigung übergeben werden wie sie eine solche auch zu ihrem Gebrauch erhält wenn die Entscheidung verkündet worden ist also gar nicht von Amtswegen zugestellt wird oder sich eine Partei ehe die Zustellung erfolgt, eine Ausfertigung ertheilen lässt. Ist auf Anstehen der Partei die gerichtliche Verfügung dem Gegner zuzustellen so erhält dieser eine beglaubigte Abschrift der Ausfertigung. Die Ansicht, dass bei allen von Amtswegen zu bewirkenden Zustellungen eine Ausfertigung zugestellt werden müsse, ist nicht mit § 156 Abs. 2 zu vereinbaren da dieser vorschreibt, dass von Amtswegen zuzustellende Schriftstücke vom Gerichtsschreiber zu beglaubigen sind, Ausfertigungen aber nicht noch besonders beglaubigt werden. Auch ist nicht abzusehen warum das Gericht nicht berechtigt sein soll, von einem Beschluss z. B. einem Beweisbeschluss oder einer Terminsbestimmung Abschriften fertigen und die Zustellung in der gewöhnlichen Weise bewirken zu lassen. Noch weniger gerechtfertigt ist die Ansicht, dass von gerichtlichen Entscheidungen immer nur Ausfertigungen niemals Abschriften zu übergeben sind auch wenn die Zustellung auf Anstehen einer Partei erfolgt. Die Berufung auf § 291 beweist nichts. (V. auch Motive zu §§ 585, 586 S. 550.) [1]

[1]) Nach Seuffert (S. 156) sind Ausfertigungen nur zuzustellen in den Fällen der §§ 342 und 367 nach Struckmann-Koch (III. Aufl. S. 141) ausserdem noch in den

3. Vornahme der Zustellung und Beglaubigung der Abschrift.

Der Zustellungsakt besteht nach § 156 darin, dass dem Zustellungsempfänger eine Abschrift der zuzustellenden Urkunde bezw. die zuzustellende Ausfertigung übergeben oder ausgehändigt wird; es hat dieser sonach kein Recht darauf, dass ihm die im Besitz des Gerichtsvollziehers befindliche Urschrift vorgezeigt werde. Dagegen muss die auszuhändigende Abschrift beglaubigt, d. h. es muss ihre Uebereinstimmung mit der Urschrift bestätigt werden. Die Beglaubigung ist in allen Anwaltsprozessen sowie in denjenigen Parteiprozessen, in denen ein Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter aufgestellt ist, vom Anwalt vorzunehmen. In anderen Fällen liegt die Beglaubigung dem Gerichtsvollzieher ob gleichviel ob derselbe seinen Auftrag unmittelbar von der Partei oder durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erhielt. Bezüglich der von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücke, bei denen es sich nicht um Zustellung einer Ausfertigung handelt, steht die Beglaubigung dem Gerichtsschreiber zu. Dieser hat die Uebereinstimmung der Abschrift mit der Urschrift auch dann zu bestätigen wenn seine Vermittlung angerufen wurde und er die Post unmittelbar um Zustellung ersucht. (§ 179.) Dass die Abschrift beglaubigt war, ist in der Zustellungsurkunde zu bemerken.[1]) Weicht die Abschrift ungeachtet der Beglaubigung von der Urschrift ab, so wird zu Gunsten des Zustellungsempfängers der Inhalt der Abschrift massgebend sein. Eine besondere Vorschrift wurde in dieser Beziehung für überflüssig gehalten, weil für den Empfänger die ihm zugestellte Abschrift das Original bilde. (M. S. 452.) Durch die Abschrift, welche ebenso wie die Urschrift als öffentliche Urkunde anzusehen ist, kann jedenfalls deren Beweiskraft in dem in Frage stehenden Punkte aufgehoben werden.[2]) Ist der Zustellungsempfänger durch eine Unrichtigkeit in der Abschrift zu einem ihm schädlichen Thun veranlasst worden, so kann er sich darauf berufen.[3])

Die Frage ob der Rechtsanwalt oder der Gerichtsvollzieher die nöthigen Abschriften zu fertigen hat kann nach der C.-P.-O. nie zweifelhaft sein, da der Gerichtsvollzieher (nach § 155) die Abschriften von der Partei erhält und der Anwalt als deren Vertreter erscheint. Dass der Rechtsanwalt dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber die Anfertigung der Abschriften überlässt, ist zu-

Fällen der §§ 809 und 865. V. auch L.-G. Plauen in Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 225 ff. Die Ansicht, dass eine Ausfertigung in allen Fällen zuzustellen ist, in welchen gerichtliche Entscheidungen von Amtswegen zugestellt werden, wird vertreten von Fitting (Lehrb. § 31 S. 93) und von Sarwey (I S. 251, 252). Dagegen behaupten Endemann (I S. 527) und Gaupp (I S. 430) dass von gerichtlichen Entscheidungen aller Art immer nur Ausfertigungen zugestellt werden dürfen. V. dag. R.-G. 29. März 1881. (Entscheid. Bd. III S. 435 ff.); f. Schall im würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 212 ff.

[1]) V. auch von Kräwel in Busch's Zeitschrift für Civilprozess J. II. S. 399 ff.

[2]) Das R.-G. hat in zwei Entscheid. vom 17. und 24. Mai 1880 im Gegensatz zu der in den Motiven enthaltenen Auffassung angenommen, dass die Urschrift massgebend sei. V. Dreyer in der jur. Zeitschr. für Els.-Lothr. J. VI. S. 329 ff.

[3]) V. R.-G. a. a. O.

lässig; dessenungeachtet wird er aber die Beglaubigung vornehmen müssen wo ihm dieselbe vom Gesetz übertragen ist.

§ 157.

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozessfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

(E. § 150. M. 449. K. 58.)

1. Zustellungen an nicht prozessfähige Parteien im Allgemeinen. (Abs. 1.)

Bezüglich der Zustellungen, welche an prozessfähige Parteien zu bewirken sind, enthält die C.-P.-O. in den §§ 158 ff. eingehende Bestimmungen, welche die Art und Weise der Zustellung regeln. Hinsichtlich der Zustellungen an nicht prozessfähige Parteien stellt § 157 den allgemeinen Grundsatz auf, dass die Zustellung an den „gesetzlichen Vertreter" zu geschehen hat. Eine Zustellung, welche der Partei selbst (z. B. einer unter vormundschaftlicher Gewalt stehenden Person oder einem unter väterlicher Gewalt befindlichen Minderjährigen) gemacht wurde, ist desshalb als unwirksam angesehen. (M. 449.) Nur wenn eine nicht prozessfähige Person auf Grund des § 54 Abs. 2 einstweilen zur Prozessführung zugelassen wurde, können Zustellungen an sie mit Rechtswirksamkeit erfolgen. Ist ein gesetzlicher Vertreter nicht vorhanden so kann hienach eine Zustellung überhaupt nicht in gültiger Weise bewirkt werden. Soweit es sich um Einleitung einer Klage handelt ist jedoch durch § 55 ein Mittel gegeben, einen besonderen Vertreter bestellen zu lassen, dem die Klage zugestellt werden kann und soweit der Mangel eines gesetzlichen Vertreters erst im Lauf des Prozesses eintritt kommt § 219 zur Anwendung. Die Vorschrift des § 157 Abs. 1 bezieht sich nur auf die Fälle, in welchen die Zustellung *an die Partei selbst* bezw. an einen Intervenienten u. s. w. bewirkt werden soll. Nach § 162 dürfen aber die im Lauf des Prozesses erfolgenden Zustellungen nur dann an die Partei geschehen wenn diese einen Prozessbevollmächtigten nicht aufgestellt hat.

2. Zustellungen an Behörden, Gemeinden, Korporationen etc. (Abs. 2.)

Was Behörden, Gemeinden, Korporationen, sowie Personenvereine anbelangt, welche überhaupt parteifähig sind so gilt auch für sie die Regelvorschrift des Abs. 1 insoweit als an deren gesetzliche Vertreter die Zustellung mit rechtlicher Wirkung erfolgen *kann* und diese zur Annahme von Zustellungen für die vertretene Partei berechtigt und verpflichtet sind. Auch andere Personen können

kraft spezieller gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift zur Vertretung jener Parteien oder zur Empfangnahme der Zustellungen befugt sein. (V. z. B. für Handelsgesellschaften die Art. 117, 144, 167, 172, 196, 235, 244 H.-G.-B., für Genossenschaften die §§ 17, 24, 29, 43, 49 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 u. A.) Nothwendig ist aber die Zustellung an jene Personen nicht vielmehr genügt § 157 Abs. 2 die Zustellung an die Vorsteher in jedem Falle auch wenn diese nicht die gesetzlichen Vertreter sind. Es hat hienach der betreibende Theil die Wahl ob er die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter oder den Vorsteher bewirken lassen will. Der eine wie der andere ist zur Annahme der Zustellung verpflichtet. Zu den Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, gehören auch die parteifähigen Gesellschaften, Genossenschaften und Gewerkschaften. (V. Bem. I. zu § 19.) Dagegen fallen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können soweit sie nicht als Korporationen anzusehen sind nicht unter die Vorschrift des Abs. 2 sondern unter die des Abs. 1 des §.

3. Vorhandensein von mehreren gesetzlichen Vertretern oder Vorstehern.

Falls eine Partei mehrere gesetzliche Vertreter oder Vorsteher hat genügt es, dass die Zustellung an einen derselben bewirkt wird. Die Partei hat die Wahl, an welchen sie zustellen lassen will. Auch genügt in diesem Falle nach § 172 Abs. 1 die Uebergabe einer einzigen Ausfertigung oder Abschrift. Besteht dagegen eine Partei aus mehreren Personen ohne dass diese als Gesammtheit klagen oder verklagt werden (Streitgenossen, Nebenintervenienten) so muss einer jeden derselben zugestellt werden. (M. 449.)

§ 158.

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

(E. § 151. M. 449 u. 450. K. 58 u. 102.)

Bezüglich der Zustellungen an Unteroffiziere und Soldaten, welche dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehören (v. Reichsmilitärgesetz § 38, R.-G.-Bl. S. 55 ff. und Bem. zu §§ 14 und 15), wurde eine besondere Vorschrift für nothwendig gehalten weil „die Bewirkung von Zustellungen in Kasernements zu Unzuträglichkeiten führen kann.“ Alle Zustellungen an solche Personen müssen daher wenn sie wirksam sein sollen an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen, dem die Zustellung nöthigenfalls in seiner Wohnung gemacht werden kann. (§ 169.) Auf Soldaten und Unteroffiziere, welche dem Beurlaubtenstande angehören, bezieht sich die Vorschrift des § nicht. Ebenso sind die allgemeinen Vorschriften massgebend hinsichtlich der Zustellungen an Offiziere und im Offiziersrang stehende Militärbeamte. Die Verpflichtung des Chefs zur Weiterbeförderung wurde im Gesetz nicht besonders ausgesprochen

„weil sie schon aus dem internen Vorgesetztenverhältniss folge.“ (M. a. a. O.) Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, dass die Wirksamkeit der Zustellung nicht von der wirklichen Weiterbeförderung an die betr. Militärperson abhängt sondern durch die Behändigung an den Chef allen gesetzlichen Anforderungen genügt ist. (M. 450, K. 102.)

§ 159.

Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst.

(E. § 152. M. 450. K. 58.)

1) Die Generalbevollmächtigten und Prokuristen stehen zur Partei in einem ähnlichen Verhältniss wie die gesetzlichen Vertreter. Wie der Vormund sein Recht zur Prozessführung aus der ihm nach dem Gesetze zustehenden Vermögensverwaltung herleitet, so brauchen der Generalbevollmächtigte, d. h. der zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten Berufene und der Prokurist (Art. 42 H.-G.-B.) zur Prozessführung nicht besonders bevollmächtigt zu werden; sie haben vielmehr das Recht zur Prozessführung kraft Gesetzes. (M. 450.) Die C.-P.-O. legt desshalb der Zustellung an jene Vertreter dieselbe Wirkung bei wie einer an die Partei erfolgten. Durch die Vorschrift des § wird natürlich die Zustellung an die Partei selbst nicht ausgeschlossen. Auch findet derselbe nur dann Anwendung wenn es sich um eine Zustellung an die Partei handelt, nicht aber wenn diese (nach § 162) an den Prozessbevollmächtigten erfolgen muss. (V. Bem. 1 zu § 157.) Ob es sich um einen „durch den Betrieb eines Handelsgewerbs hervorgerufenen Rechtsstreit“ handelt, also die Zustellung in wirksamer Weise an einen Prokuristen geschehen kann, wird in der Regel keine Schwierigkeiten machen. Dagegen können in mehrfacher Richtung Zweifel darüber entstehen, ob die Zustellung an einen Generalbevollmächtigten zulässig ist. Wenn eine Generalvollmacht im Sinne der obigen Ausführungen oder ein Universalmandat (v. preuss. Landrecht I. 13. § 118, C. c. Art. 1987; sächs. C.-G.-B. Art. 1296) vorliegt — das generelle Mandat, von dem Art. 1988 C. c. spricht, und das bloss zur Vornahme von Verwaltungshandlungen ermächtigt, ist als ein solches nicht anzusehen — so wird die Zustellung auch dann an den Generalbevollmächtigten erfolgen können wenn die Befugniss zur Prozessführung nach der massgebenden Landesgesetzgebung nicht aus dem Auftrag zur allgemeinen Vermögensverwaltung folgt sondern hiezu eine besondere Vollmacht vorgeschrieben ist. In dieser Beziehung wollte der Gesetzgeber offenbar die Rechte und Verpflichtung des Generalbevollmächtigten bezüglich der Empfangnahme der Zustellung in durchgreifender Weise regeln. Anders liegt die Sache wenn es sich nicht um einen vermögensrechtlichen Anspruch (v. Bem. II. 1 zu § 21), sondern um eine Statusklage, Klage auf Ehescheidung u. s. w. handelt. Auf solche Klagen erstreckt

sich auch die in § 159 vorausgesetzte Generalvollmacht nicht und es steht dem Generalbevollmächtigten bezüglich des in Frage stehenden Anspruchs keinerlei Verfügung zu. Es können desshalb Zustellungen, die sich nicht auf einen vermögensrechtlichen Anspruch beziehen, ebensowenig an den Generalbevollmächtigten erfolgen als Zustellungen, welche einen ausserhalb des Handelsgewerbs liegenden Rechtsstreit betreffen, an den Prokuristen. [1])

2) Die Zustellung an die Partei selbst bezw. an deren gesetzliche Vertreter oder Prozessbevollmächtigte bildet die Regel. An andere Personen darf nur dann zugestellt werden wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt oder zulässt. An blosse Handlungsbevollmächtigte (Art. 47 H.-G.-B.) kann desshalb auf Grund des § 159 keine Zustellung erfolgen. Vielmehr können Zustellungen nur dann auf Grund des § 162 an sie bewirkt werden wenn sie zur Führung eines bestimmten Prozesses besonders bevollmächtigt sind. (M. a. a. O.) Die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche die Zustellung an andere Personen als an die Partei (z. B. bei Eisenbahnbeamten an den Vorgesetzten, bei Strafgefangenen an den Gefängnissvorstand) gestatten, sind durch § 14 E.-G. aufgehoben.

§ 160.

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozessgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozessgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozessbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, dass sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozessbevollmächtigten bestellt hat.

§ 161.

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher

[1]) V. auch Seuffert S. 158; Gaupp I S. 435. A. M. sind: Wilmowski und Levy II. Aufl. S. 202.

dem Gegner einen Schriftsatz zustellen lässt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, dass der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben“ zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

(E. §§ 153 u. 154. M. 450 u. 451. K. 58 u. 529.)

1) Durch die §§ 160 und 161 wird die Einrichtung der Zustellungsbevollmächtigten in die C.-P.-O. eingeführt. Wohnt die Partei im Ausland so ist sie zur Bestellung eines solchen sofern sie nicht einen am Ort des Prozessgerichts oder im Amtsgerichtsbezirk, in dem sich dessen Sitz befindet, wohnenden Prozessbevollmächtigten bestellt hat verpflichtet ohne dass eine Anordnung des Gerichts erforderlich ist. Dagegen liegt der im Inland wohnenden Partei die Bestellung nur dann ob wenn sie ausserhalb des erwähnten Bezirks wohnt und einen innerhalb desselben wohnenden Prozessbevollmächtigten nicht bestellt hat, ausserdem aber auch vom Gericht auf Antrag des Gegners die Benennung eines Bevollmächtigten angeordnet wurde. Sowohl bezüglich der Parteien und der gesetzlichen Vertreter derselben wie hinsichtlich der Prozess- und Zustellungsbevollmächtigten kommt es nur auf das thatsächliche Wohnen, nicht auf den juristischen Wohnsitz an. Es genügt, dass die in Frage stehende Person im Bezirk eine Wohnung hat, in welcher zugestellt werden kann. [1]) Ob die in Frage stehenden Personen Inländer oder Ausländer sind, ist gleichgültig.

Wohnt der als Prozessbevollmächtigter bestellte, bei dem Prozessgericht zugelassene, Rechtsanwalt nicht am Orte desselben so hat er nach § 19 R.-A.-O. einen ständigen an diesem Ort wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen. Ist dies geschehen so kommt § 160 auch dann nicht zur Anwendung wenn der Rechtsanwalt nicht in dem betr. Amtsgerichtsbezirk wohnt. Vielmehr liegt die Sache ebenso als ob dies der Fall wäre. [2]) Kann die Zustellung an den vom Rechtsanwalt bestellten Zustellungsbevollmächtigten nicht bewirkt werden so kann dieselbe nach der angeführten Gesetzesbestimmung an den Rechtsanwalt durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Falls ein Generalbevollmächtigter oder Pro-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 144; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 203; Gaupp I S. 436. A. M. sind: Seuffert S. 160; Hellmann I S. 479; Kleiner I S. 579.

[2]) V. Gaupp I S. 437. 438; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 145; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 203.

kurist der Partei im Inland oder in dem betr. Amtsgerichtsbezirk wohnt findet § 160 keine Anwendung, denn an diesen dürfen Zustellungen desshalb bewirkt werden, weil er kraft Gesetzes Vollmacht zur Prozessführung hat. Jedenfalls sind diese Personen als Zustellungsbevollmächtigte anzusehen. Damit § 160 Anwendung findet, wird vorausgesetzt, dass der Prozess bereits anhängig ist. Die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten zum Zweck der Zustellung der Klage kann auf Grund desselben nicht verlangt werden. Ebensowenig ist der Kläger verpflichtet, schon bei Zustellung der Klageschrift einen Zustellungsbevollmächtigten zu bezeichnen. Uebrigens ist die freiwillige Bestellung von Zustellungsbevollmächtigten nicht untersagt und sind die Vorschriften des französischen und badischen Rechts über das domicile élu durch § 15 Nr. 5 E.-G. aufrecht erhalten. Der in § 160 Abs. 1 vorgesehene Antrag der Gegenpartei kann in der mündlichen Verhandlung oder in einem Schriftsatz und in jedem Stadium des Prozesses insbesondere auch in den höheren Instanzen gestellt werden.

2) Der Zustellungsbevollmächtigte „ist dem Gegner bezw. Gerichte bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder im nächsten Schriftsatze" namhaft zu machen und es treten die unter Nr. 3 erörterten Folgen ein wenn dies versäumt wird. Durch § 161 soll jedoch nur der Zeitpunkt bestimmt werden, an welchem die Benennung erfolgt sein muss. Es ist zulässig, dass die Benennung sofort in einer besonderen Zustellung erfolgt. In der Benennung liegt zugleich die Beglaubigung des Zustellungsbevollmächtigten. Es kann von diesem ein besonderer Vollmachtsnachweis nicht verlangt werden. (M. 450.) Immerhin nimmt derselbe aber die Stellung eines Bevollmächtigten ein; desshalb gilt die einmal erfolgte Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten für alle Instanzen einschliesslich der Zwangsvollstreckung. Die §§ 82 und 83 gelangen dabei zur entsprechenden Anwendung. (M. a. a. O.)

3) Die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten hat die Folge, dass alle auf den Prozess bezüglichen Zustellungen mit derselben Wirkung an die betr. Person erfolgen als ob die Zustellung an die Partei selbst oder einen Generalbevollmächtigten etc. (§ 159) geschehen wäre. Doch ist der Gegner in dessen Interesse die Benennung vorgeschrieben ist, nicht verpflichtet, die Zustellungen an die zu deren Empfangnahme berechtigte Person bewirken zu lassen sondern kann die Schriftstücke um welche es sich handelt auch der Partei selbst bezw. deren gesetzlichem Vertreter, Generalbevollmächtigten etc., zustellen lassen. (M. a. a. O.) Ob der Zustellungsbevollmächtigte, der zur Annahme der ihm zugedachten Vollmacht nicht verpflichtet ist, die ihm zugestellten Schriftstücke an die Partei weiter befördert oder auch nur die Verpflichtung hiezu übernommen hat ist für die Gültigkeit der Zustellung gleichgültig. Es ist Sache der Partei, sich vor Benennung des Zustellungsbevollmächtigten zu vergewissern ob derselbe die in Frage stehende Vollmacht übernimmt und ihr die nöthigen Garantieen bietet. Wird das dem Zustellungsbevollmächtigten ertheilte Mandat zurückgezogen so können Zustellungen an denselben noch so lange mit Wirksamkeit erfolgen bis dem Gegner die Kündigung der Vollmacht angezeigt worden ist, später aber auch dann nicht mehr wenn ein anderer Zustellungsbeamter nicht benannt wurde. (V. § 83 u. Bem. 2 und 4.)

4) An die Unterlassung der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten, welcher die Fälle gleichzustellen sind, in denen die Bestellung ohne Benennung einer anderen Person widerrufen wird oder die Zustellung an die benannte Person nicht vollzogen werden kann knüpft § 161 die Folge, dass die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei und das Schriftstück mit der Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher als dem Requisiten zugestellt gelten soll selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt. (V. auch § 683 Abs. 2.) Voraussetzung ist, dass die gewählte Adresse mit Grund gewählt worden ist. Eine Partei, welche im Lauf des Prozesses ihren Wohnort ändert ohne dies dem Gegner oder dem Gerichte anzuzeigen, muss sich gefallen lassen, dass das zuzustellende Schriftstück noch ferner nach ihrem bisherigen Wohnorte adressirt wird; ist dagegen die Anzeige erfolgt so haben der Gegner und das Gericht die ihnen mitgetheilte Adresse zu wählen, um auf diesem Wege gültig zuzustellen. (M. 450.) Der Gegner der Partei, welche die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten unterlässt ist hienach von dem Augenblick an, in welchem die hiezu bewilligte Frist abgelaufen ist berechtigt, die Zustellungen durch „Aufgabe zur Post“ (Bem. III. 2) zu bewirken und diese Befugniss dauert so lange fort bis ein Zustellungs- oder Prozessbevollmächtigter in gültiger Weise benannt wurde oder die Voraussetzungen des § 160 aufgehört haben zu bestehen. Zu dieser Art der Zustellung ist jedoch der Gegner nicht verpflichtet („können“). Vielmehr kann derselbe auch die Zustellungen an die Partei selbst bezw. deren Generalbevollmächtigten oder Prokuristen bewirken lassen.

5) Die Zustellung durch „Aufgabe zur Post“, welche auch in § 221 Abs. 2 vorgesehen ist, unterscheidet sich wesentlich von der Zustellung „durch die Post“ (§§ 176 ff.). Es sind desshalb bei derselben nicht die in §§ 177 ff. für die letztere gegebenen Bestimmungen zu beobachten. Vielmehr ist lediglich nach Vorschrift des § 161 und der übrigen auf diese Zustellungsart bezüglichen Bestimmungen zu verfahren. (§§ 171 und 175.) Ein Unterschied zwischen den beiden Zustellungsformen besteht namentlich auch insofern als nach § 161 die Aufgabe zur Post in allen Fällen, also auch wenn die Vermittlung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen wird, durch den Gerichtsvollzieher geschehen muss, der eine den Vorschriften des § 175 entsprechende Zustellungsurkunde aufzunehmen hat, während bei der Zustellung durch die Post der Gerichtsschreiber sich unmittelbar an diese wenden kann. (§ 179.) [1]) Im ersten Fall wird die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher, im letzteren durch die Post bewirkt. Dass die Postsendung frankirt werden müsse, schreibt das Gesetz nicht vor. Die Frankirung wird aber in der Regel erfolgen und es werden die durch Unterlassung derselben entstandenen Kosten auch der zustellenden Partei bezw. dem Gerichtsvollzieher (nach § 87 bezw. 97) zur Last gelegt werden können wenn der Gegner unzweifelhaft zahlfähig ist die Unterlassung also unberechtigt war. Ist die Zustellung ohne Frankirung nicht ausführbar weil die Post unfrankirte Sendungen nicht befördert so wird die Frankirung sogar geschehen müssen wenn die Zustellung gültig sein soll.

[1]) V. Seuffert S. 161; Gaupp I S. 441; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 145; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 204. A. M. ist von Sarwey I S. 274.

Die in Abs. 2 des § 161 enthaltene Vorschrift wurde durch die J.-K. beigefügt um „der auswärtigen Partei“ Gelegenheit zu geben, das Eintreffen der Sendung sicher zu stellen. Das Wort „auswärtige“, das in dem von der J.-K. (58) angenommenen Antrag enthalten war, wurde von der Redaktionskommission gestrichen. Der Sinn sollte jedoch dadurch nicht geändert werden und handelt es sich unzweifelhaft nur um ein dem Zustellungsempfänger zustehendes Recht. Vermöge dieser Vorschrift wird die Partei häufig in der Lage sein, die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten ohne Nachtheil zu unterlassen da ihr der Zugang der zugestellten Schriftstücke bei Angabe einer richtigen Adresse und der Vorschrift, dass die Sendungen einzuschreiben sind, ausreichend gesichert ist. Wenn der Gegner ungeachtet des Verlangens der auswärtigen Partei es unterlässt, die Postsendung mit der Bezeichnung „Einschreiben“ zu versehen so kann die Zustellung nicht als mit der Aufgabe zur Post bewirkt angesehen werden. [1])

§ 162.

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen.

§ 163.

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozesshandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

§ 164.

Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozessbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozessbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz; in Ermangelung eines solchen an den Prozessbevollmächtigten der ersten Instanz.

[1]) V. von Bülow S. 102. A. M. ist Gaupp I S. 441.

Ist auch kein Prozessbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

(E. §§ 155—157. M. 451. K. 58 ff. u. 529 ff.)

I. Allgemeiner Grundsatz. (§ 162.)

1) Nach § 162 dürfen die in einem anhängigen Rechtsstreite zu bewirkenden Zustellungen nicht an die Partei selbst bewirkt werden, welche sich durch Ertheilung der Prozessvollmacht des eigenen Prozessbetriebs begeben hat (M. 451), sondern müssen an den für die Instanz bestellten Prozessbevollmächtigten geschehen. Eine Zustellung, welche dieser Vorschrift zuwider an die Partei erfolgt, ist unwirksam und kann nicht diejenigen Wirkungen (Beginn des Laufs der Nothfrist etc.) äussern, welche sonst mit der Zustellung eingetreten sein würden. (M. a. a. O.) [1]) Ob das Urtheil auf Veranlassung des Rechtsanwaltes erster oder zweiter Instanz zugestellt wurde, ist unerheblich. (V. auch § 153.) [2]) Auch kann die Anwendung des § durch die einseitige Erklärung einer Partei, dass die Zustellung an sie selbst erfolgen solle, nicht ausgeschlossen werden da eine solche Erklärung eine nach § 79 unzulässige und dem Gegner gegenüber unwirksame Beschränkung des Bevollmächtigten enthalten würde. Es wird aber die Partei, welche auf die Befolgung der in § 162 enthaltenen Vorschrift verzichtet hat die an sie selbst erfolgte Zustellung nach § 267 nicht als ungültig anfechten können. In gewöhnlichen Fällen wird die Ungültigkeit einer solchen Zustellung allerdings nicht schaden zumal dieselbe nach § 267 geheilt werden kann. Wenn es sich um Beobachtung einer Nothfrist handelt, kann aber der Verlust des betr. Rechtsmittels die Folge sein. Dem Prozessbevollmächtigten ist nach § 172 Abs. 1 auch wenn er mehrere Parteien vertritt nur **eine** Ausfertigung oder Abschrift zuzustellen. [3])

2) Der Prozess wird bei dem Gericht erster Instanz anhängig durch die Zustellung der Klage bezw. des dieselbe ersetzenden Protokolls (§§ 230, 235, 460) oder durch den mündlichen Vortrag in der Verhandlung (§ 461). In der Berufungs- und Revisions-Instanz wird die Anhängigkeit durch Zustellung des Schriftsatzes bewirkt, durch welchen das Rechtsmittel eingelegt wird (§§ 479 und 515). Die Zustellung der Klage oder des dieselbe ersetzenden Protokolls kann hienach an die Partei bezw. deren gesetzlichen Vertreter oder an den General-

[1]) V. O.-L.-G. Jena 17. März 1880 Bl. für Rechtspflege in Thüringen Bd. 28 (N. F.) S. 69 ff., f. L.-G. Bautzen 6. Nov. 1880, Wenglers Archiv N. F. Bd. II. S. 401.

[2]) So auch O.-L.-G. Jena 26. März 1880, Bl. für Rechtspflege a. a. O. S. 70 ff.

[3]) So auch O.-L.-G. Köln 20. Nov. 1880, rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II. S. 66.

bevollmächtigten oder Prokuristen erfolgen; ja sie wird in der Regel auch dann an eine dieser Personen erfolgen müssen wenn die Partei schon vorher einen Prozessbevollmächtigten aufgestellt und dem Gegner bezeichnet haben sollte. Alle späteren Zustellungen müssen an den Prozessbevollmächtigten erfolgen. Bezüglich der Urtheile und Beschlüsse tritt auch dann keine Ausnahme ein wenn in denselben die persönliche Handlung einer Partei (z. B. eine Eidesleistung oder das persönliche Erscheinen angeordnet wird. (M. 451.) [1]) Auch Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind sofern die Instanz noch anhängig ist dem Prozessbevollmächtigten zuzustellen. [2]) Bezüglich der Rechtsmittel enthält § 164 besondere Vorschriften. Der § 162 bezieht sich zwar nur auf eigentliche Zustellungen, nicht auf einfache Mittheilungen. Es erscheint aber als angemessen, auch diese unter analoger Anwendung des § an den Prozessbevollmächtigten zu machen. [3]) Von der Vorschrift der Zustellung an den Prozessbevollmächtigten und an die Partei, die in anderen Prozessordnungen häufig vorkommt, hat die C.-P.-O. im Allgemeinen keinen Gebrauch gemacht. Nur in den durch die §§ 217 und 223 Abs. 2 vorgesehenen Fällen kann eine doppelte Zustellung nothwendig werden. (M. 451.)

3) Damit § 162 Anwendung finden kann muss von der Partei, welcher ein Schriftstück zuzustellen ist, ein Prozessbevollmächtigter bestellt worden sein; es genügt also nicht, dass einer Person im Parteiprozess Vollmacht für einzelne Prozesshandlungen ertheilt wurde, um die Zustellungen an die Partei auszuschliessen. (V. Bem. II. zu § 79.) Auch tritt die Verpflichtung zur Zustellung an diesen Bevollmächtigten nur dann ein wenn dessen Bestellung dem Gegner bekannt geworden ist und derselbe in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise seine Vollmacht nachgewiesen hat. Im Anwaltsprozess darf der Gegner dem aufgetretenen Rechtsanwalt jedenfalls zustellen lassen, da dieser nach § 84 als Prozessbevollmächtigter gilt solange der Mangel der Prozessvollmacht nicht gerügt worden ist. Aber auch wenn der Gegner diesen Mangel rügt kann er die Zustellung an den als Bevollmächtigten Rechtsanwalt nur auf seine Gefahr unterlassen. [4]) Der vom Gericht einstweilen zur Prozessführung zugelassene Bevollmächtigte, bezw. Geschäftsführer (§ 85) ist, so lange diese Zulassung dauert, zur Empfangnahme von Zustellungen berechtigt; es findet also § 162 auf ihn Anwendung. Wenn der Prozessbevollmächtigte im Ausland oder ausserhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozessgericht seinen Sitz hat, so kommt § 160 zur Anwendung.

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 146; Seuffert S. 136; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 205. A. M. ist Siebenhaar S. 203.

[2]) V. auch O.-L.-G. Bamberg 20. März 1880, Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess J. III S. 182 ff.

[3]) V. Beschluss des Reichsgerichts vom 26. Febr. 1880, deutsche Juristenzeitung Bd. IV. S. 322; ferner Struckmann-Koch III. Aufl. S. 147; Hellmann I S. 487; Gaupp I S. 444.

[4]) V. Seuffert S. 162, 163; Hellmann I S. 486; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 206. A. M. sind Endemann I S. 541 und Gaupp I S. 443.

II. Umfang der Instanz, für welche ein Prozessbevollmächtigter bestellt ist.
(§ 163.)

1) Durch § 163 sollen etwaige Zweifel bezüglich der Frage, zu welcher Instanz eine Zustellung gehört, beseitigt werden. Dass Zustellungen in dem eine Haupintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren an den im Hauptprozess aufgestellten Prozessbevollmächtigten zu geschehen haben, ergibt sich schon aus § 78. Im Uebrigen wird durch § 163 klar gestellt, dass auch die Zustellungen, welche das Verfahren in Folge eines Einspruchs (§§ 303 ff.), einer Aufhebung des Urtheils durch das höhere Gericht (§§ 500, 510, 527 und 528), einer Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 541 ff.), oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz (§§ 686, 687, 690, 710) betreffen, an den Prozessbevollmächtigten der Instanz geschehen müssen. Zu dem Verfahren in Folge eines Einspruchs, einer Wiederaufnahme, oder eines neuen Vorbringens in der Vollstreckungsinstanz gehören auch die dieses Verfahren einleitenden Prozesshandlungen, so dass der Einspruch, die Restitutions- und Nichtigkeitsklage, die Klage nach §§ 686, 687, 690, 710 dem Prozessbevollmächtigten der Instanz zugestellt werden muss.

2) Die Bestimmung im letzten Satz des § 163 gilt für das ganze Zwangsvollstreckungsverfahren namentlich auch für diejenigen Fälle in welchen das zuständige Vollstreckungsgericht nicht am Sitze des Prozessgerichts ist. Dass in solchen Fällen dem entfernten Prozessbevollmächtigten zugestellt werden muss, wurde in den Motiven (541) durch die Lage des Exekutionssuchers gerechtfertigt, für den schlecht gesorgt wäre, wenn sein Bevollmächtigter die Zwangsvollstreckung für ihn betriebe, die Zustellungen aber gleichwohl ihm selbst zugingen. Da das Verfahren von dem Vollstreckungsgericht als Bestandtheil des Verfahrens in erster Instanz gilt so ist der Prozessbevollmächtigte auch dann nicht zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet wenn er ausserhalb des Bezirks des Vollstreckungsgerichts wohnt. [1])

III. Besondere Vorschriften bezüglich der Einlegung von Rechtsmitteln.
(§ 164.)

Auch bezüglich der Rechtsmittel gilt der Grundsatz, dass die darauf bezüglichen Zustellungen an den Prozessbevollmächtigten zu geschehen haben. Insbesondere ist der Schriftsatz, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird (§§ 479 und 515) in der Regel dem Prozessbevollmächtigten der höheren oder früheren Instanz zuzustellen. Die im § aufgestellte Reihenfolge muss bei Vermeidung der Unwirksamkeit der Zustellung eingehalten werden. Ein Antrag, nach welchem die Zustellung an den Gegner selbst oder dessen Zustellungsbevollmächtigten unbedingt zulässig sein sollte, wurde von der J.-K. abgelehnt. (K. 58 ff. und 529 ff.) Hat der Prozessbevollmächtigte gemäss § 160 einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt so kann die für ihn bestimmte Zustellung an diesen erfolgen.

[1]) V. auch L.-G. Plauen, Wengler's Archiv. N. F. Bd. I S. 257 ff.

§ 165.

Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die ausserhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

§ 166.

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

§ 167.

Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, dass das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige, als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilungen an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

§ 168.

Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbsgehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

§ 169.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

(E. §§ 158—163. M. 451 u. 452. K. 59, 530 ff.)

I. Art der Zustellung im Allgemeinen. Zustellung zu eigenen Händen. (§ 165.)

1) Durch die §§ 165 und ff. werden die Fragen geregelt, an welchen Orten Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen haben und an wen die zuzustellenden Schriftstücke zu behändigen sind. Die darin enthaltenen Vorschriften gelten sowohl für Zustellungen an die Partei selbst wie für die Zustellungen an deren gesetzliche Vertreter, Prozess- und Zustellungsbevollmächtigte. Als Regel gilt, dass jede Zustellung dem Adressaten womöglich zu eigenen Händen übergeben werden soll (M. a. a. O.). Die sich hieraus ergebende regelmässige Form der Zustellung wird in § 165 geregelt. Da es aber nicht immer möglich ist, den Zustellungsempfänger anzutreffen und die Zustellung in diesem Falle nicht unterlassen oder verschoben werden soll, gestattet das Gesetz auch „Ersatzzustellungen“ und gibt für diese in den §§ 166—169 die nöthigen Vorschriften.

2) Sowohl bezüglich der Zustellung „zu eigenen Händen“, als hinsichtlich der Ersatzzustellungen gilt der Grundsatz, dass die Zustellung an jedem Orte erfolgen kann wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird. Der Ort der Zustellung ist vom Wohnsitz des Zustellungsempfängers und den sonstigen Momenten, welche den Gerichtsstand für ihn an einem bestimmten Orte begründen, unabhängig; jeder in Deutschland gelegene Ort, wo derselbe sich antreffen lässt ist auch bezüglich des Ausländers ein gesetzlicher Zustellungsort. (M. 452.) Dass der Zustellungsempfänger an dem Orte, an welchem die Zustellung bewirkt werden soll eine Wohnung oder ein Geschäftslokal besitzt ist nicht erforderlich; fehlen diese beiden so kann aber an dem betr. Orte die Zustellung

nur „zu eigenen Händen" erfolgen, da bei den in den §§ 166—169 vorgesehenen Ersatzzustellungen regelmässig das Vorhandensein einer Wohnung oder eines Geschäftslokals an dem betr. Orte vorausgesetzt wird.

3) Im Allgemeinen hat der Gerichtsvollzieher wenn eine Person am Orte der Zustellung eine Wohnung oder ein Geschäftslokal besitzt die Wahl, ob er die Zustellung an die Person selbst — sei es in deren Wohnung, sei es im Geschäftslokal, sei es anderswo — bewirken oder ob er sich falls es ihm nicht gelingt, dieselbe selbst anzutreffen oder die Annahme der Zustellung ausserhalb der Wohnung verweigert wird, mit einer Ersatzzustellung begnügen will. Derjenige, der am Ort der Zustellung eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat ist übrigens nicht verpflichtet, ausserhalb dieser Räume eine Zustellung anzunehmen sondern kann verlangen, dass ihm in seiner Wohnung oder in seinem Geschäftslokal zugestellt werde. (M. 452.) Bezüglich der Frage ob der Ort, an dem zugestellt werden soll hiezu geeignet oder passend ist, wurde in den Motiven (a. a. O.) bemerkt: „Dass dazu Kirchen und sonstige gottesdienstliche Gebäude nicht gehören, wird keiner besonderen Hervorhebung bedürfen." Da das Gesetz eine Vorschrift, welche die Zustellung an solchen Orten ausschliesst nicht enthält sind übrigens derartige Zustellungen gültig wenn der Zustellungsempfänger die Zustellung angenommen hat. Auch erscheint eine Verweigerung der Annahme nicht als gerechtfertigt. [1]) (Bem. 2 zu § 170.)

II. Ersatzzustellungen in der Wohnung bezw. durch Niederlegung des Schriftstücks. (§§ 166, 167.)

1) Hat die Person, welcher zugestellt werden soll, am Orte der Zustellung eine Wohnung und wird in derselben eine der in Abs. 1 des § 166 bezeichneten Personen angetroffen so kann die Zustellung in der Wohnung an eine dieser Personen erfolgen. Es kommt im Allgemeinen nicht darauf an ob es möglich ist, den Zustellungsempfänger selbst anderswo anzutreffen ob z. B. ein Geschäftslokal besteht, in welchem sich der Zustellungsempfänger innerhalb bestimmter Stunden regelmässig aufhält. Vielmehr ist es lediglich dem vernünftigen Ermessen des Gerichtsvollziehers überlassen, ob er von der Ersatzzustellung des § Gebrauch machen oder einer anderen Zustellungsart den Vorzug geben will. Bei den in § 169 aufgezählten gesetzlichen Vertretern oder Vorstehern einer Behörde, Gemeinde etc. kann jedoch eine Zustellung gemäss §§ 166 und 167 nur dann erfolgen wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht besteht. (Vergl. Bem. IV. 3.)

2) Eine Wohnung kann man nicht bloss an seinem regelmässigen Wohnort sondern auch an einem Orte haben, der bloss vorübergehend als Aufenthaltsort erscheint. Auch kann die Wohnung einen verschiedenen Charakter haben je nachdem der Zustellungsempfänger in seinem eigenen Hause wohnt oder doch die Miethwohnung mit seiner eigenen Einrichtung versehen hat oder lediglich in einem Privathaus oder Gasthaus möblirte Zimmer bewohnt. Ob die in Frage stehenden Räumlichkeiten Eigenthum des Zustellungsempfängers sind oder ob sie ihm in der einen oder anderen Weise mit oder ohne Möbel überlassen wurden,

[1]) V. auch Seuffert S. 172; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 208; Gaupp I S. 447.

macht rechtlich keinen Unterschied. Nothwendig ist aber, dass die betr. Person eine eigene Wohnung hat d. h. dass ihr ein bestimmter Raum wenn auch nur gemeinschaftlich mit anderen Personen zu dem Zweck überlassen wurde, damit sie darin wohne. Desshalb genügt es nicht, dass sich eine Person kürzere Zeit in einem Privathaus oder Gasthaus aufhält ohne darin Wohnung genommen zu haben sondern ist es erforderlich, dass sie dort einige Zeit zu bleiben beabsichtigt. Hat die Person, welcher zugestellt werden soll, am Orte der Zustellung „ihre“ Wohnung so kann die Zustellung nach §§ 166 bezw. 167 auch dann erfolgen wenn sich dieselbe zur Zeit der Zustellung an dem betr. Orte nicht aufhält sondern verreist ist. Es muss aber in diesem Falle feststehen, dass der Zustellungsempfänger die Absicht hat, wieder in die Wohnung zurückzukehren.

3) Ob die Person, an welche die Zustellung nach § 166 Abs. 1 erfolgt „zur Familie gehört“, ist eine thatsächliche Frage. In der Regel wird die Zugehörigkeit in einem Verwandtschaftsverhältniss begründet sein, doch ist dies nicht nothwendig. Es kann dieselbe auch in anderen Umständen z. B. einem Pflegeverhältniss ihren Grund haben. Die Zugehörigkeit zur Familie genügt aber nicht. Vielmehr muss die betr. Person auch zugleich „Hausgenosse“ sein, d. h. dauernd mit der Familie zusammenwohnen. An einen zufällig im Haus anwesenden Verwandten selbst an ein Kind des Hauses kann desshalb die Zustellung nicht erfolgen wenn derselbe in einem anderen Hause wohnt. Um die Zustellung an eine nur zufällig und vorübergehend im Hause verweilende, „zur Familie gehörige“ Person auszuschliessen, hat die J.-K. § 159 des Entwurfs abgeändert. (K. 59.) Dagegen ist diese „Hausgenossenschaft“ nicht erforderlich bezüglich der „in der Familie dienenden Personen.“ Nach einem bei der ersten Lesung angenommenen Antrag wurde auch bezüglich dieser Personen vorausgesetzt, dass sie Hausgenossen seien. Später wurde aber die Fassung geändert, um diese Voraussetzung zu beseitigen. (K. 530.) An eine Person, die in einem wirklichen dauernden Dienstverhältniss steht (z. B. einen Kutscher oder Hausknecht) kann desshalb die Zustellung auch dann erfolgen wenn dieselbe nicht im Hause wohnt. Ein Taglöhner, der bloss für einen bestimmten Fall zu einer besonderen Dienstleistung gedungen wurde oder ein Lohndiener, Dienstmann etc. kann als eine in der Familie dienende Person selbst dann nicht angesehen werden wenn er im Fall des Bedürfnisses regelmässig herangezogen wird. Sowohl an die „zur Familie gehörigen Hausgenossen“ als an die „in der Familie dienenden Personen“ kann nur dann in gültiger Weise zugestellt werden, wenn sie „erwachsen“ sind d. h. nach ihrem Alter und ihrer geistigen Ausbildung anzunehmen ist, dass sie die Bedeutung des ihnen ertheilten Auftrages zu würdigen verstehen und desshalb erwartet werden darf, dass sie das übergebene Schriftstück richtig abliefern. Volljährigkeit wird hiezu nicht vorausgesetzt; doch ist eine volljährige Person unter allen Umständen als erwachsen anzusehen. An alle Personen der bezeichneten Art kann die Zustellung nur „in der Wohnung“ erfolgen. Falls eine derselben ausserhalb wenn auch in der Nähe der Wohnung angetroffen wird, findet § 166 Abs. 1 keine Anwendung. Dass die betr. Person die Zustellung annimmt, ist zu deren Gültigkeit nicht erforderlich; vielmehr kommt für den Fall der Verweigerung der Annahme § 170 zur Anwendung.

4) Wird in der Wohnung weder der Zustellungsempfänger noch eine der in § 166 Abs. 1 aufgezählten Personen angetroffen, so kann nach Abs. 2 dieses § die Zustellung an den „in demselben Haus wohnenden" Hauswirth erfolgen. Es muss aber hier beurkundet werden, dass die Zustellung nicht an eine der in Abs. 1 bezeichneten Personen erfolgen konnte denn nur falls dies feststeht ist die Zustellung gemäss Abs. 2 gestattet. (§ 174 Z. 4.) Als Hauswirth ist der Eigenthümer oder Nutzniesser des betr. Hauses oder der im Haus wohnende mit dessen Stellvertretung gegenüber den Miethern beauftragte Bevollmächtigte anzusehen; der Hausmeister oder Pförtner kann nicht ohne Weiteres als Stellvertreter des Hauseigenthümers gelten. Unter dem Vermiether ist derjenige zu verstehen, der das ganze Haus oder einen Theil desselben gemiethet hat und als dessen Untermiether der Zustellungsempfänger erscheint. Uebrigens ist weder der Hauswirth noch der Vermiether zur Annahme des Schriftstücks verpflichtet und kann desshalb die Zustellung an diese Personen nicht in gültiger Weise erfolgen wenn sie die Annahme verweigern. Dass auch an den Hauswirth bezw. an den Vermiether nur „in der Wohnung" zugestellt werden könne, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt; nach Analogie des Abs. 1 muss aber angenommen werden, dass die Zustellung an diese Personen nur dann erfolgen kann wenn sie im Haus selbst angetroffen werden, nicht wenn sie sich ausserhalb desselben befinden. Dass die Zustellung nicht an deren Familienangehörige oder Dienstboten erfolgen kann, ist nach Wortlaut und Grund des Gesetzes klar. Wenn Jemand im Gasthof seine Wohnung genommen hat kann desshalb die Ersatzzustellung nur an den Gasthofbesitzer oder dessen Stellvertreter, der unter Umständen der Portier sein kann, nicht aber an die im Gasthof dienenden Personen erfolgen.

5) Kann obgleich der Zustellungsempfänger am Zustellungsorte eine Wohnung im Sinne des § 166 besitzt doch die Zustellung nicht auf Grund dieses § bewirkt werden, weil eine nach dem Gesetz zur Annahme des Schriftstücks berechtigte Person nicht angetroffen oder die Annahme in berechtigter Weise verweigert wird so ist die Zustellung in der in § 167 angegebenen Weise „durch Niederlegung des Schriftstücks" gestattet. Auch hier muss beurkundet werden, dass die Zustellung nach § 166 nicht ausführbar war. Dagegen kann wenn dies feststeht die Zustellung gemäss § 167 auch dann bewirkt werden wenn die Zustellung im Geschäftslokal (nach § 168) ausführbar wäre, sofern nur nicht § 169 zur Anwendung kommt. (V. auch Bem. IV. 1.) Ob die Niederlegung des zuzustellenden Schriftstücks am Besten auf der Gerichtsschreiberei oder bei der Postanstalt etc. geschieht ist in das Ermessen des Gerichtsvollziehers gestellt, der im einzelnen Falle zu erwägen hat, auf welche Weise der Zustellungsempfänger voraussichtlich am sichersten und schnellsten in den Besitz des Schriftstücks gelangen wird. Die blosse Niederlegung genügt nicht zur Gültigkeit der Zustellung. Vielmehr ist auch die Art der Niederlegung dem Zustellungsempfänger bekannt zu geben und zwar unter allen Umständen durch eine an der Thür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige und ausserdem „soweit thunlich" durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschhaft wohnende Personen. Eine Nichtbeobachtung der letzteren Vorschrift kann weil sie dem pflichtmässigen Ermessen des Gerichtsvollziehers anheimgestellt ist der Zustellung ihre Wirkung nicht ent-

ziehen. [1]) Ein Antrag, nach welchem die Anheftung an der Thüre des Geschäftslokals gleichfalls zulässig sein sollte, wurde von der J.-K. (39) abgelehnt. Es muss übrigens in der Zustellungsurkunde bemerkt werden, in welcher Weise die in § 167 enthaltenen Vorschriften befolgt wurden. (§ 174 Z. 4.)

III. Ersatzzustellung im Geschäftslokal. (§ 168.)

1) Wenn ein Gewerbtreibender ein besonderes Geschäftslokal nicht hat sondern sein Gewerbe in den gewöhnlichen Wohnungsräumen betreibt, können Zustellungen an ihn nur in der in den §§ 165—167 vorgeschriebenen Weise erfolgen. Auch kann in diesem Falle die Zustellung nicht an einen Gewerbegehülfen erfolgen sofern dieser nicht zugleich als eine „in der Familie dienende Person“ anzusehen ist. Ist ein besonderes, von den Wohnungsräumen getrenntes Geschäftslokal vorhanden, das sich natürlich auch in demselben Haus befinden kann so ist der Gerichtsvollzieher wenn er den Gewerbetreibenden nicht im Geschäftslokal antrifft aber ein Gewerbegehülfe in demselben anwesend ist nicht verpflichtet, sich in die Wohnung zu begeben sondern kann diesem Gehülfen das für den Gewerbetreibenden bestimmte Schriftstück zustellen. Wenn ein solcher Gewerbegehülfe nicht anwesend ist kann der Gerichtsvollzieher die Zustellung nicht etwa durch Niederlegung des Schriftstücks und Anheftung einer Anzeige an der Thüre des Geschäftslokals etc. bewirken. Es findet § 167, wie aus dessen Stellung hervorgeht, auf den Fall, dass die Zustellung nach § 168 nicht ausführbar ist, keine Anwendung. (M. a. a. O.) [2])

Das Wort „Gewerbtreibende“ ist in seinem weiteren Sinne zu verstehen so dass die Vorschrift des § sich nicht bloss auf Handwerker oder Gewerbtreibende im Sinne der Gewerbeordnung sondern auch auf Fabrikanten und Kaufleute erstreckt, welche (nach § 159) das „Handelsgewerbe“ betreiben. Auch der Ausdruck „Gewerbegehülfen“ ist im ausgedehntesten Sinne zu verstehen und kommt es nicht darauf an, ob dieselben zur Hausgenossenschaft gehören oder ob und in welcher Weise sie eine Vergütung für ihre Dienstleistungen erhalten. Auch Lehrlinge sind da sie bei dem Betrieb des Gewerbes mithelfen und ihre Thätigkeit im Geschäftslokal entwickeln als Gewerbegehülfen zu betrachten zumal sie ebenso wie Gesellen, Kommis etc. in der Lage sind, das Schriftstück dem Prinzipal auszuhändigen. [3]) Dagegen findet die Vorschrift des § keine Anwendung auf Fabrikarbeiter, da diese nicht in dem im Gesetz vorausgesetzten Verhältnisse zum Fabrikanten stehen und auch in der Regel nicht in dessen Geschäftslokal bezw. Bureau verkehren.

2) Bezüglich der Rechtsanwälte gilt im Allgemeinen, was bezüglich der Zustellung im Geschäftslokal von Gewerbtreibenden gesagt wurde. Nur treten

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 150; Puchelt I S. 441; Endemann I S. 549; Gaupp I S. 452. A. M. sind: Seuffert S. 170; Hellmann I S. 499; Wilmowski-Levy I. Aufl. S. 210.

[2]) So auch: Seuffert S. 171; Puchelt I S. 441; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 151. A. M. ist Siebenhaar S. 206.

[3]) V. auch Uebel I S. 166; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 211. A. M. sind hinsichtlich der Lehrlinge: Seuffert S. 171; Gaupp I S. 453.

an die Stelle der Gewerbegehülfen die Gehülfen und Schreiber des Rechtsanwalts, an welche die Zustellung wenn dieser nicht im Geschäftslokal angetroffen wird erfolgen kann. Die Voraussetzung, dass ein besonderes Geschäftslokal vorhanden sein müsse wurde hier nicht wiederholt. Es kann hienach die Zustellung an die im Geschäftslokal anwesenden Gehülfen oder Schreiber auch dann gültig erfolgen wenn dieses Lokal zugleich als Wohnungsraum benützt werden sollte. Da § 168 Abs. 2 nur von Rechtsanwälten spricht, und bei dem klaren Sinn dieses Wortes nicht angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber darunter auch andere Personen in ähnlicher Stellung (z. B. Notare die nicht zugleich Rechtsanwälte sind, Gerichtsvollzieher etc.) begreifen wollte ist eine Ausdehnung der Vorschrift auf solche Personen nicht zulässig. [1])

IV. Besondere Vorschriften bezüglich der gesetzlichen Vertreter, oder Vorsteher einer Behörde, Gemeinde etc. (§ 169.)

1) Bezüglich der gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher einer Behörde, Gemeinde etc. schreibt § 169 Abs. 1 zunächst vor, dass wenn eine solche Person im Geschäftslokal nicht angetroffen wird die Zustellung an einen anderen im Geschäftslokal anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden könne, enthält sonach eine ähnliche Bestimmung wie § 168 Abs. 1 und 2. Es findet jedoch in zweifacher Richtung eine Abweichung statt. Einmal kann die Zustellung an diese Beamten auch dann erfolgen wenn der Zustellungsempfänger zwar im Geschäftslokal anwesend aber an der Annahme verhindert ist, was § 168 nicht gestattet. Sodann kann die Zustellung an diese Personen nur dann stattfinden wenn der Zustellungsempfänger während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen wird. Es ist also ausserhalb dieser Geschäftsstunden die Zustellung nicht zulässig.

2) Hinsichtlich der Frage, welche Behörden, Gemeinden, Korporationen etc. hierher gehören vergleiche man die Bem. zu § 19. Die Frage, wer als gesetzlicher Vertreter bezw. Vorsteher einer Korporation etc. anzusehen ist, muss nach dem bürgerlichen Recht bezw. Verwaltungsrecht beurtheilt werden. (V. Bem. zu § 50.) Dass die Vorschrift des § 169 nur Anwendung zu finden hat wenn es sich um eine Zustellung handelt, welche der betr. Person in ihrer Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter bezw. Vorsteher gemacht werden soll, ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz bemerkt; es geht dies aber aus der Natur der Sache und den einzelnen Bestimmungen des § hervor. Bezieht sich die Zustellung auf die Privatangelegenheiten der betr. Person so ist desshalb die Zustellung auf Grund der allgemeinen Vorschriften der §§ 165 ff. zu bewirken und kann an die im Geschäftslokal der betr. Korporation etc. anwesenden Beamten und Bediensteten nicht in wirksamer Weise geschehen. Ob der betr. Vertreter oder Vorstand verpflichtet ist, eine ihm persönlich im Geschäftslokal der Gemeinde etc. gemachte

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 161; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 211. A. M. sind Uebel (I S. 167), der Abs. 2 analog auf Notare und Gerichtsvollzieher anwenden will und Gaupp (I S. 453), nach dessen Ansicht dieselben als Gewerbetreibende anzusehen sind und desshalb unter Abs. 1 fallen.

Zustellung anzunehmen (§ 165 Abs. 2), wird davon abhängen, ob die Räumlichkeit zugleich als sein eigenes Geschäftslokal erscheint. Dies ist dann der Fall wenn es sich um ein Amt handelt, in dessen Wahrnehmung die betr. Person ihren Beruf findet, nicht aber dann wenn es sich nur um eine Nebenbeschäftigung handelt und der Vorsteher oder Vertreter (als Kaufmann etc.) ein eigenes Geschäftslokal hat.

3) Eine weitergehende Bedeutung hat § 169 noch insofern, als nach Abs. 2 die unter Abs. 1 fallenden Zustellungen falls ein besonderes Geschäftslokal der betr. Behörde etc. besteht in der Wohnung des betr. gesetzlichen Vertreters oder Vorstehers nur dann erfolgen können wenn derselbe selbst dort angetroffen wird, dagegen die Zustellung an Familienangehörige, Dienstboten, Hauswirthe etc. (§ 166 Abs. 1 u. 2) ebenso wie die Zustellung durch Niederlegung (§ 167) ausgeschlossen ist. Wird keine der im § 169 bezeichneten Personen im Geschäftslokal angetroffen so bleibt hienach dem Gerichtsvollzieher nichts übrig, als die Zustellung zu einer anderen Zeit daselbst zu bewirken oder an den betr. gesetzlichen Vertreter „zu eigenen Händen" (§ 165) zuzustellen. Falls das Geschäftslokal dauernd oder doch auf längere Zeit geschlossen ist, kann angenommen werden, dass ein solches nicht bestehe. [1]) Hat die Kommandobehörde, an deren Chef die Zustellungen für aktive Unteroffiziere und Gemeine (nach § 158) zu erfolgen haben, ein besonderes Geschäftslokal so findet § 169 auch auf die Zustellungen an den Chef derselben Anwendung. (V. Bem. zu § 158.)

V. Zuwiderhandlungen gegen die gesetzlichen Vorschriften und Folgen derselben.

Welche Folgen eintreten, wenn eine Zustellung den in den §§ 166 ff. enthaltenen Vorschriften nicht entspricht hat die C.-P.-O. nicht ausdrücklich bestimmt. Auch besteht Streit darüber, in welchen Fällen und in welcher Weise die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften die Unwirksamkeit zur Folge hat. Der Verfasser hat sich in ausführlicher Weise über diese Fragen ausgesprochen in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess J. I S. 70 ff. wesshalb hier auf diese Abhandlung verwiesen werden kann.

Es ist klar, dass dem Richter nach der C.-.P.-O. nicht (wie nach der hann. und württemb. Prozessordnung) das Recht zukommt, von Amtswegen die Wiederholung einer Zustellung bezw. Verbesserung der Zustellungsurkunde anzuordnen und dadurch den vorhandenen Mangel zu beseitigen, vielmehr das Prozessleitungsamt des Richters zu Gunsten der Parteien erheblich beschränkt ist. Sofern es sich um eine Vorschrift handelt, auf deren Befolgung die Partei verzichten kann und die Voraussetzungen des § 267 Abs. 1 vorliegen ist das Gericht überhaupt nicht in der Lage, die Mängel der Zustellung zu rügen. Wird aber die Unwirksamkeit der Zustellung rechtzeitig geltend gemacht oder liegt der Fall so, dass von Amtswegen geprüft werden muss ob eine wirksame Zu-

[1]) So auch Seuffert S. 172; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 151; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 211, 212; Kleiner I S. 597; Gaupp I S. 454. V. dagegen: Puchelt I S. 442 und Siebenhaar S. 206.

stellung vorhanden ist so hat das Gericht über die Gesetzmässigkeit der Zustellung zu entscheiden und falls dieselbe unwirksam ist so zu verfahren als ob dieselbe nicht existirte. Handelt es sich um Erlass eines Versäumnissurtheils so ist (nach § 300) zu prüfen ob der Beklagte bezw. Berufungs- oder Revisionsbeklagte rechtzeitig und ordnungsmässig geladen wurde. Eine solche Ladung liegt nur dann vor wenn die Aushändigung an den Zustellungsempfänger selbst oder an eine solche Person und unter solchen Umständen erfolgte, dass nach dem Gesetz anzunehmen ist, es sei ihm das betr. Schriftstück von der Mittelsperson übergeben worden. Es ist also der Antrag auf Erlassung eines solchen Urtheils zurückzuweisen wenn die Zustellung nicht in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise erfolgt ist. Ausserdem muss wenn es sich um ein Rechtsmittel handelt unter Umständen geprüft werden ob die Zustellung des Urtheils in gültiger Weise bewirkt wurde, weil die Nothfristen für die Einlegung der Berufung, Revision und sofortigen Beschwerde (nach §§ 477, 514 und 540) von dieser Zustellung an laufen, vor Zustellung des Urtheils aber (nach §§ 477 bezw. 514) die Berufung bezw. Revision nicht in wirksamer Weise eingelegt werden kann. Wenn der Zustellungsempfänger ungeachtet der mangelhaften Zustellung erscheint und den Mangel der Zustellung nicht geltend macht so entsteht bezüglich der Rechtsmittel die Frage, ob auch soweit es sich um die Einhaltung der Nothfrist handelt § 267 Abs. 1 für das Gericht bindend oder ohne Rücksicht auf die Vorschrift zu untersuchen ist ob das betr. Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt wurde. (V. hiezu die Bem. zu den §§ 267, 477 u. 514.) Bestreitet der Zustellungsempfänger die Wirksamkeit der Zustellung so fragt es sich ob derselbe deren Unwirksamkeit auch dann geltend machen kann wenn er selbst zugibt, das zugestellte Schriftstück erhalten zu haben. Bezüglich dieser Frage gibt die C.-P.-O. keine bestimmte Entscheidung. Es kann aber nicht angenommen werden, dass der Zustellungsempfänger, welcher zugegebenermassen das zuzustellende Schriftstück erhalten hat die Zustellung wegen Verletzung der Vorschriften über die Ersatzzustellung anfechten dürfe. Schon bei Aufstellung des nordd. Entw. wurde von einer besonderen Vorschrift über die Frage Umgang genommen weil man dem Erschienenen zwar die Geltendmachung solcher Mängel, die sich auf den Inhalt der Klage oder die Rechtzeitigkeit der Zustellung beziehen, nicht aber die Rüge formeller Mängel gestatten und die Unterscheidung zwischen derartigen Mängeln nicht in allgemeiner Weise aufstellen sondern der Beurtheilung im einzelnen Falle überlassen wollte. (n. Pr. I S. 266.) Aber auch hinsichtlich der späteren Entwürfe steht fest, dass der Gesetzgeber das im französischen Prozess und im preussischen Entwurf geltende System, nach welchem die Nichtigkeit angedroht wird, um die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften in durchgreifender Weise zu sichern, nicht angenommen hat. Es kann sonach von einer Unwirksamkeit der Zustellung nach allgemeinen Grundsätzen nur dann die Rede sein wenn ein Erforderniss fehlt, „das nach der Natur und dem Zweck der Handlung zum Wesen derselben gehört", und dessen Mangel die in den gesetzlichen Vorschriften begründete Annahme, dass der Zweck der Zustellung erreicht worden sei, ausschliesst. Aus der Verwerfung dieses Systems folgt, dass es nach der Absicht des Gesetzgebers nicht darauf ankommt, ob die missachtete Vorschrift im Allgemeinen als wesent-

lich erscheint sondern auf den einzelnen Fall ankommen soll. Der Zweck der Zustellung besteht nun darin, dass die Person, an welche zugestellt werden soll in den Besitz des zuzustellenden Schriftstücks gelange. Alle gesetzlichen Vorschriften über die Zustellung sind nur dazu bestimmt, die Erreichung dieses Ziels zu sichern. Insbesondere haben die Bestimmungen über die Ersatzzustellung nur die Bedeutung, auch für den Fall, dass der betr. Person nicht persönlich zugestellt werden konnte die Annahme zu begründen, dass dieselbe dessenungeachtet in Besitz des fraglichen Schriftstücks gelangt sei. Wesentlich ist die Beobachtung der fraglichen Vorschriften sonach nur zur Begründung der Annahme, dass der Zustellungsempfänger obgleich ihm nicht persönlich zugestellt wurde das Schriftstück erhielt. Wo diese Thatsache, welche übrigens nicht bloss durch die Zustellungsurkunde bewiesen werden kann, ohnedies feststeht verlieren sie ihre Bedeutung. Es ist sonach der Beklagte, der zugibt, die Ladung erhalten zu haben und dennoch die Ungültigerklärung der Zustellung verlangt, mit seinem Antrag ebenso abzuweisen wie es nach dem gemeinen und dem preussischen Prozess geschehen musste. [1]) (V. Bem. III zu § 174.) Dagegen bleiben alle Ansprüche desselben auf Vertagung etc. bestehen und muss wenn die Ladung nicht in ordnungsmässiger Weise erfolgt ist, auch dessen Angabe über die Zeit, zu der er in deren Besitz gelangt ist in der Regel massgebend sein. (V. Bem. III. zu § 174.) Ist der hier aufgestellte Grundsatz richtig so muss derselbe auch bei Zustellungen von anderen Schriftstücken insbesondere von Urtheilen durchgreifen. Es ist also nicht gestattet, dass Jemand die Zustellung eines Urtheils als unwirksam anficht obgleich es feststeht, dass er dasselbe erhalten hat sondern bleibt auch hier nur die Zeit zu der er dasselbe erhielt dahingestellt.

§ 170.

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

(E. § 163. M. 451 ff. K. 59.)

1) Weigert sich der Zustellungsempfänger oder die Person, an welche eine Ersatzzustellung bewirkt werden soll, das zuzustellende Schriftstück in Empfang zu nehmen so wird dadurch der Gerichtsvollzieher oder Postbote nicht gehindert, die Zustellung zu bewirken. Vielmehr hat derselbe wenn die Weigerung auf keinem gesetzlichen Grunde beruht die Zustellung trotzdem vorzunehmen und ist dann nur verpflichtet, das betr. Schriftstück am Orte der Zustellung (sei es auch auf der Strasse) zurückzulassen und die Weigerung wie die Zurücklassung des Schriftstücks (nicht aber den Grund der Weigerung) zu beurkunden (§ 174

[1]) V. noch im Einzelnen die Abhandlung des Verfassers a. a. O.-S. 72—77. Dessen Ausführungen haben sich angeschlossen: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 143 und 149. A. M. sind: Seuffert S. 169, 172; Kleiner I S. 592; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 197; Gaupp I S. 450.

Z. 5). Insbesondere kann derjenige, dem zugestellt werden soll, die Annahme der Zustellung nicht desshalb verweigern weil nach seiner Meinung die Zustellung an einen anderen Zustellungsempfänger (z. B. den Prozessbevollmächtigten) zu geschehen hat. An wen in diesem Sinne zuzustellen ist, hat vielmehr der betreibende Theil auf seine Gefahr zu bestimmen. [1])

2) Die Annahme der Zustellung kann verweigert werden wenn die Person, an welche die Aushändigung erfolgen soll, nach den gesetzlichen Vorschriften zur Annahme nicht befähigt (§ 166 Abs. 1 u. 2, § 168, § 169) oder hiezu nach dem Gesetz nicht verpflichtet ist (§ 166 Abs. 2) oder wenn die betr. Person die Zustellung an dem Orte, an welchem die Zustellung erfolgen soll, nicht anzunehmen braucht. (§§ 165 Abs. 2, 166, 168, 169.) Ausserdem ist die Verweigerung gerechtfertigt wenn die Zustellung zu einer Zeit versucht wird, zu welcher die Vornahme derselben gesetzlich nicht gestattet ist. (§ 171 und Bem. 4 zu diesem §.) Dagegen schliesst die Weigerung die Zustellung nach § 170 nicht aus wenn der Ort oder die Zeit der Zustellung zwar als unpassend erscheint, ein gesetzliches Verbot aber nicht angerufen werden kann. Hat der Gerichtsvollzieher seiner Geschäftsanweisung zuwidergehandelt so kann dies nur disciplinarisches Einschreiten gegen denselben, nicht aber eine Verweigerung der Annahme im Sinn des § 170 rechtfertigen. (Bem. I. 3 zu §§ 165 ff.)

Bezüglich der Zustellungen zur Nachtzeit vergl. Bem. 4 zu § 171.

§ 171.

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniss erfolgen.

Die Erlaubniss wird von dem Vorsitzenden des Prozessgerichts ertheilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem ertheilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniss ertheilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

(E. § 164. M. 451 ff. K. 59.)

[1]) V. auch Seuffert § 170 Z. 1 S. 172; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 152; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 212. A. M. ist Bolgiano S. 351 Anm. 11.

1) Die Vorschrift des § gilt nur für Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher, nicht für die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes an die Post (§ 177) und ebensowenig für die Zustellung durch den Postboten. Seiner Stellung nach bezieht sich § 171 nur auf die Zustellungen durch Gerichtsvollzieher und § 178 verweist nur auf die §§ 165—170, nicht auf § 171. [1])

2) Welche Tage als „allgemeine Feiertage" anzusehen sind ist nach dem Recht zu beurtheilen, das am Orte der Zustellung gilt. Es ist hienach einerlei ob die betr. Tage wegen ihrer Eigenschaft als kirchliche Festtage oder aus politischen Gründen (als Geburtstage des Landesherrn etc.) als Feiertage gelten. In allen Fällen wird, damit § 171 Anwendung finden kann, vorausgesetzt, dass der betr. Tag nach der Landesgesetzgebung als Feiertag („gesetzlicher Feiertag") gilt und darf hienach wenn es sich nur um einen kirchlichen Feiertag handelt, die Annahme der Zustellung nicht verweigert werden. Verweist das Landesrecht auf das Herkommen oder ist ein Gewohnheitsrecht begründet so ist dieses entscheidend.

3) Ob die richterliche Erlaubniss zur Zustellung an einem Sonn- oder Feiertage zu ertheilen ist, steht im Ermessen des nach Abs. 2 zuständigen Richters. Die richterliche Verfügung, durch welche die Erlaubniss ertheilt wird, nicht aber das derselben vorausgegangene Gesuch (M. 451), ist abschriftlich mitzutheilen. Doch macht die Unterlassung dieser Vorschrift die Zustellung nicht unwirksam. Bezüglich der Zeit der Zustellung wurde in den Motiven (451 ff.) gesagt: „Zustellungen zur Nachtzeit" unter gesetzlicher Normirung der Tageszeit generell auszuschliessen erschien nicht angezeigt. Die meisten Staaten haben materielle Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit. Wo solche nicht bestehen, werden die nöthigen Anordnungen richtiger dem Reglement für die Gerichtsvollzieher überlassen bleiben." Ungeachtet dieser Bemerkungen kann eine zur Nachtzeit erfolgte Zustellung selbst dann nicht als unwirksam angesehen werden wenn ein Landesgesetz die Zulässigkeit der Zustellungen auf bestimmte Tagesstunden beschränken oder das Betreten der Wohnungen zur Nachtzeit verbieten sollte. Soweit derartige Vorschriften prozessualischer Natur sind, haben sie nach § 14 Einf.-Ges. ihre Geltung verloren und soweit sie anderweitige Fragen regeln wird durch Zuwiderhandlung gegen die betr. Vorschriften die Wirksamkeit der Zustellung nicht berührt. Wo ein Landesgesetz die Zustellungen zur Nachtzeit verbietet für Vollstreckungshandlungen enthält § 681 ein wirksames Verbot — kann hienach die Annahme des mit Nichtachtung des Gesetzes zugestellten Schriftstücks trotzdem nicht verweigert werden. Ebenso kann die Uebertretung einer Geschäftsanweisung wohl disciplinäres Einschreiten, nicht aber die Verweigerung der Annahme rechtfertigen und desshalb auch die Zustellung nicht ungültig machen. (V. Bem. 2 zu § 170.)

§ 172.

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Be-

[1]) V. auch Puchelt I S. 442; Gaupp I S. 456, 457; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 214. A. M. sind: Seuffert S. 173 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 152.

theiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Uebergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Uebergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind.

(E. § 165. M. —. K. 59.)

Während einem für mehrere Personen aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten ebensoviele Ausfertigungen bezw. Abschriften übergeben werden müssen als Betheiligte vorhanden sind (Abs. 2 des §), ist in den in Abs. 1 aufgezählten Fällen die Uebergabe einer einzigen Ausfertigung oder Abschrift genügend weil der Vertreter das zugestellte Schriftstück nicht an die Partei weiter zu befördern sondern auf Grund der Zusteilung selbständig zu verfügen hat. (Bem. I. 1 zu §§ 162 ff.) Als „Vertreter" im Sinn des § erscheint nicht bloss der „gesetzliche Vertreter" (Bem. II. zu § 50) und der Prozessbevollmächtigte, an den auf Grund des § 162 eine Zustellung erfolgt, sondern auch der nach § 85 zugelassene Bevollmächtigte ohne Vollmacht oder Geschäftsführer ohne Auftrag.

§ 173.

Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet, ist dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

[1]) V. hann. Pr. I S. 275, 276, n. Pr. I S. 360; ferner Hellmann I 494, 495; Endemann I S. 554; Kleiner I S. 599; Gaupp I S. 457; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 213. Theilweise abweichend: Seuffert S. 166, 167 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 153.

§ 174.

Die Zustellungsurkunde muss enthalten:

1. Ort und Zeit der Zustellung;
2. die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;
3. die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
4. die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§ 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Znstellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5. im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, dass die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;
6. die Bemerkung, dass eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und dass eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;
7. die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

§ 175.

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgt, so muss die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und ausserdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

(E. §§ 166—168. M. 452. K. 59 u. 530.)

I. Allgemeine Bemerkungen. Aufstellung der Zustellungsurkunde und Aufbewahrung der Urschrift. (§ 173.)

1) Ueber jede Zustellung ist eine besondere Urkunde (die Zustellungsurkunde) aufzunehmen, welche als das regelmässige Beweismittel für die erfolgte

Zustellung erscheint. Die Partei, auf deren Anstehen die Zustellung erfolgt, wie der Zustellungsempfänger können die Aufnahme einer solchen Urkunde verlangen und es würde der Gerichtsvollzieher für den entstehenden Schaden verantwortlich sein wenn er die Aufnahme einer Zustellungsurkunde unterlassen wollte. Diese Urkunde ist aber nicht das einzige zulässige Beweismittel hinsichtlich der Zustellung. Vielmehr kann diese wenn die Aufnahme einer Zustellungsurkunde unterlassen oder die Urschrift derselben verloren gegangen sein sollte auch in anderer Weise bewiesen werden. Ist durch die eigenen Erklärungen des Zustellungsempfängers festgestellt, dass demselben das in Frage stehende Schriftstück zugestellt wurde so bedarf es eines Beweises durch Vorlage der Urkunde überhaupt nicht. (Bem. V zu §§ 165 ff.) Kann die Zustellung durch die Urkunde nur in unvollständiger Weise bewiesen werden so ist die Ergänzung des Beweises durch andere Beweismittel gestattet. (Bem. II. 1.) [1]) Durch ein Zeugniss des Gerichtsschreibers kann die Zustellung in der Regel nicht bewiesen werden.[2])

2) Die Zustellungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde, bezüglich deren Beweiskraft die §§ 259 und 380 ff. massgebend sind. (M. 452.) Wenn die Urschrift und Abschrift nicht übereinstimmen ist in der Regel zu Gunsten des Empfängers die Abschrift entscheidend. (Bem. 2 zu § 155 ff.) Damit der Beweis der Zustellung jederzeit in einfacher Weise erbracht werden kann und nicht verschiedene Urkunden, die leicht auseinander gerathen könnten, aufbewahrt werden müssen soll die Zustellungsurkunde auf das zugestellte Schriftstück gesetzt und andernfalls mit derselben durch Anheftung verbunden werden. Doch hat die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift, die lediglich eine geschäftliche Anweisung enthält, keinerlei sachliche Nachtheile für die Partei zur Folge. [3]) Wenn es sich um Zustellung einer Ausfertigung handelt (Bem. 2 zu § 155 ff.) kommt die betr. Vorschrift nicht zur Anwendung, ist vielmehr in der Regel eine besondere Urkunde zu errichten. Wenn eine Partei sich mehrere Ausfertigungen ertheilen und eine derselben zustellen lässt, kann jedoch die Zustellungsurkunde auch auf die andere Ausfertigung gesetzt werden. [4])

3) Die Urschrift der Zustellungsurkunde erhält der Auftraggeber zurück und zwar direkt vom Gerichtsvollzieher sollte auch der Auftrag durch Vermittlung des Gerichtsschreibers ergangen sein. (§ 173 Abs. 4.) Die Aufnahme der Zustellungsurkunden in die Gerichtsakten wurde für überflüssig gehalten. Die Aufbewahrung derselben bleibt sonach den Parteien überlassen, welche wenn aus irgend einem Grunde der Nachweis der Zustellung zu liefern ist, die in ihren Händen befindliche Zustellungsurkunde vorzulegen haben. (M. 452.) Wurde die Zustellung von Amtswegen angeordnet so ist die Zustellungsurkunde dem Gerichtsschreiber zu übergeben und den Gerichtsakten beizufügen.

[1]) V. Endemann I S. 557; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 215. A. M sind Seuffert S. 176; Gaupp I S. 460; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 154.

[2]) V. Frese in Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 737 ff.; deutsche Juristenzeitung Bd. V S. 110.

[3]) Anders L.-G. Kiel 18. Jan. 1880, Deutsche Juristenzeitung J. IV S. 220.

[4]) V. Gaupp I S. 459, 460; Wilmowski-Levy II. S. 216.

II. Inhalt und Beweiskraft der Zustellungsurkunden. (§ 174.)[1])

1) Die Zustellungsurkunden sind öffentliche Urkunden. Desshalb kommen bezüglich ihrer Beweiskraft insbesondere der Wirkungen von äusseren und inneren Mängeln die §§ 380 ff. in Betracht. Hinsichtlich der äusseren Mängel genügt die Verweisung auf § 384. Die Frage, wieweit ein Mangel der in § 174 vorgeschriebenen Angaben der Urkunde die Beweiskraft entzieht bezw. die Zustellung selbst unwirksam macht, bedarf einer besonderen Erörterung.

Da die Zustellungsurkunde die im § aufgezählten Angaben enthalten „muss" steht es fest, dass alle diese Angaben wesentlich sind und die Unterlassung auch nur einer einzelnen Feststellung die Folge haben kann, dass die Zustellung wiederholt werden muss. Daraus folgt aber nicht, dass jeder derartige Mangel die Beweiskraft der Zustellungsurkunde vollständig zerstören und folgeweise die Zustellung selbst unwirksam machen muss. Bei einer Urkunde handelt es sich nicht um Gültigkeit oder Ungültigkeit sondern darum ob dieselbe beweiskräftig ist oder nicht. Es kann sich aus dem Mangel der Beweiskraft nur folgeweise die Unwirksamkeit der Zustellung selbst ergeben insofern feststeht, dass in einem wesentlichen Punkte die gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet wurden oder doch die Beobachtung derselben nicht festgestellt ist. Die Beweiskraft kann aber bezüglich einzelner Theile bestehen während sie hinsichtlich anderer fehlt. Auch kann es nicht als die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden, dass jeder Mangel einer der in § 174 vorgeschriebenen Angaben, z. B. der Umstand, dass Ort oder Zeit der Zustellung nicht genau genug angegeben wurde, auch bezüglich derjenigen Punkte die Beweiskraft der Urkunde zerstören soll, hinsichtlich deren ihre Angaben vollständig sind. (M. 452.) Es ist desshalb im einzelnen Falle zu untersuchen ob der Umstand, bezüglich dessen die Urkunde als mangelhaft erscheint und sonach nichts beweist, nothwendig nachgewiesen sein muss, damit die Zustellung wirksam ist und es bewirkt einen Unterschied ob der Beweis dafür fehlt, dass das zugestellte Schriftstück übergeben wurde oder ob nur Ort und Zeit der Zustellung in Frage stehen. Wenn durch die eigenen Erklärungen des Zustellungsempfängers oder in anderer Weise festgestellt ist, dass derselbe das zugestellte Schriftstück erhalten hat so verlieren die Mängel der Zustellungsurkunde ihre Bedeutung weil das, was durch dieselbe bewiesen werden soll, eines Beweises nicht mehr bedarf. (Bem. V zu §§ 165 ff.) Ein Versäumnissurtheil wird wenn die Zustellungsurkunde mangelhaft ist in der Regel nicht erlassen werden können, da es dann fast immer an einem Beweis für den einen oder anderen Umstand fehlt, der für die Wirksamkeit der Zustellung von Bedeutung ist. Aber es kann auch Fälle geben, in denen ein solcher Mangel die Gültigkeit der Zustellung nicht beeinträchtigt. [2])

[1]) V. hiezu die Abhandlung des Verfassers in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess J. I S. 77—79.

[2]) V. die mehrerwähnte Abhandlung bei Busch a. a. O.; ferner Puchelt I S. 446 ff.; Uebel I S. 171, 172; Hellmann I S. 511; Endemann I S. 559; Kleiner I S. 603; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 218. A. M. sind: Seuffert S. 176; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 155; von Sarwey I S. 270; Gaupp I S. 461, 462.

2) Die Angabe des Ortes der Zustellung ist schon mit Rücksicht auf die Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers ausserdem aber auch aus dem Grunde nothwendig weil sich in der Regel nur wenn der Ort der Zustellung feststeht beurtheilen lässt ob in gültiger Weise zugestellt wurde. Es muss desshalb nicht bloss angegeben werden, in welcher Stadt bezw. welchem Dorfe etc. die Zustellung erfolgte sondern auch ob die Zustellung in der Wohnung oder im Geschäftslokal oder ausserhalb derselben auf der Strasse etc. bewirkt wurde. [1]) Daraus ergibt sich, dass die Beobachtung dieser Vorschrift eine andere Bedeutung hat wenn es sich um eine Ersatzzustellung (§§ 166 ff.) handelt als wenn die Zustellung an die Person, für welche sie bestimmt ist bezw. deren Generalbevollmächtigten, Prokuristen oder Prozessbevollmächtigten selbst erfolgte. Im ersteren Falle ist wenn zwar die Ortschaft, in welcher die Zustellung erfolgte, nicht aber der Ort der Zustellung im engeren Sinn des Wortes feststeht nicht festgestellt, dass die Zustellung in wirksamer Weise erfolgt ist. Im letzteren Falle kommt es wenn die Annahme der Zustellung nicht verweigert wurde nach § 165 auf den Ort der Zustellung nicht an.

3) Auch die Angabe der Zeit der Zustellung kann für die Gültigkeit derselben entscheidend sein insofern die Zustellung an Sonn- und Feiertagen in der Regel unstatthaft ist. Dieselbe kommt ausserdem insofern in Betracht als in den meisten Fällen die Wirkungen der Zustellungen erst nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit eintreten sei es, dass wie bei der Ladung dem Zustellungsempfänger eine gewisse Frist zur Vornahme einer Handlung bezw. zur Vorbereitung der nöthigen Schritte eingeräumt werden muss sei es, dass mit der Zustellung der Lauf einer Frist (zur Einlegung von Rechtsmitteln etc.) beginnt Mit Rücksicht darauf muss die Zeit der Zustellung nach Jahr, Monat und Monatstag angegeben werden. Dagegen ist die Angabe der Stunde, in welcher die Zustellung erfolgt, in der Regel nicht erforderlich wenn es sich auch in vielen Fällen, z. B. bei Pfändungen wegen der Priorität des durch dieselbe erlangten Pfandrechts (§ 709) im Interesse des betreibenden Theils empfehlen wird, dieselbe anzugeben. Handelt es sich um eine nach Stunden bestimmte Frist so kann die Angabe der Stunde auch nothwendig sein, um die Einhaltung der Frist festzustellen. Für den Lauf der übrigen Fristen ist die Angabe des Zustellungstages immer genügend. (Bem. zu §§ 199 ff.) Wenn die Annahme unter der Behauptung, die Zustellung sei zu der betr. Tageszeit nicht gestattet, verweigert werden sollte wird der Gerichtsvollzieher verpflichtet sein, die Zeit der Zustellung genau anzugeben da er der Entscheidung des Gerichts nicht vorgreifen darf.

Sofern die Zeit der Zustellung gar nicht oder nur in ungenügender Weise angegeben ist können diejenigen Wirkungen der Zustellung, für welche die Zeit derselben von Einfluss ist, nicht eintreten. Die Urkunde beweist in dieser Beziehung nichts; es werden bezüglich der Zeit der Zustellung daher in der Regel die Erklärungen des Zustellungsempfängers massgebend sein. Sofern die Zustellung nur innerhalb einer bestimmten Frist zulässig ist, kann dieselbe hienach, weil die Einhaltung derselben nicht nachgewiesen ist, unwirksam sein. Insbesondere kann wenn es sich um Zustellung einer Ladung handelt auf Grund der-

[1]) Anders Gaupp I S. 462.

selben ein Versäumnissurtheil nicht erwirkt werden weil nicht feststeht ob die gesetzliche Einlassungs- bezw. Ladungsfrist gewährt wurde. Dagegen ist die Annahme, dass die Zustellung wegen ungenügender Zeitangabe unter allen Umständen ungültig sei und wiederholt werden müsse, nicht gerechtfertigt. Vielmehr wird wenn der in Frage stehende Mangel vom Zustellungsempfänger geltend gemacht wird die Zustellung nur als verspätet angesehen werden können bezw. hinsichtlich der Zeit der Zustellung die Erklärung des Zustellungsempfängers massgebend sein. Damit die Zustellungsurkunde als mangelhaft erscheint, genügt es übrigens nicht, dass es unterlassen wurde, Jahr, Monat und Tag der Zustellung ausdrücklich zu erwähnen. Vielmehr muss die Zustellungszeit überhaupt ungewiss sein. Wurde es z. B. versäumt, das Jahr oder den Monat, in welchem die Zustellung erfolgte, ausdrücklich anzugeben so hat diese Unterlassung doch keine Bedeutung wenn durch den Inhalt der Urkunde jeder Zweifel ausgeschlossen wird. [1])

4) Die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt wird, ist unbedingt nothwendig wenn der Zweck der Zustellung erreicht werden soll. Ebenso muss der Zustellungsempfänger genau bezeichnet werden weil sonst Zweifel darüber entstehen können ob die Zustellung an die richtige Person erfolgte. Im Allgemeinen ist zu einer genauen Bezeichnung die Angabe von Vor- und Zunamen, Stand (bezw. Gewerbe) und Wohnort erforderlich. Doch kann eine unvollständige Bezeichnung die Beweiskraft der Urkunde dann nicht beeinträchtigen wenn ein Zweifel über die Identität der Personen nicht besteht und ist es zulässig, in der Zustellungsurkunde auf die in dem zuzustellenden Schriftstück enthaltene genauere Bezeichnung Bezug zu nehmen. Erfolgt die Zustellung auf Anstehen eines gesetzlichen Vertreters oder Prozessbevollmächtigten oder an eine solche Person, oder an einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen, so ist eine genaue Bezeichnung dieser Vertreter erforderlich. Es wird aber auch eine Angabe darüber nothwendig sein, in welcher Eigenschaft diese Personen handeln, bezw. in Anspruch genommen werden, also auch die Partei selbst genau zu bezeichnen sein.

5) Da das zuzustellende Schriftstück dem Zustellungsempfänger (v. Bem. 1 zu §§ 155 ff.), sei dieser die Partei selbst oder ein Vertreter derselben, nicht nothwendig übergeben werden muss sondern das Gesetz eine Reihe von Ersatzzustellungen kennt muss die Person, welcher das zuzustellende Schriftstück ausgehändigt wurde, genau bezeichnet werden. Erfolgt die Zustellung an den Zustellungsempfänger selbst, so genügt, da dieser ohnedies bezeichnet werden muss, die einfache Erwähnung dieses Umstandes. Im Falle einer Ersatzzustellung muss dagegen die Person, der das Schriftstück ausgehändigt wurde, besonders bezeichnet und namentlich das Verhältniss angegeben werden, in dem sie zum Zustellungsempfänger steht, und kraft dessen die Aushändigung an sie erfolgen kann. [2]) Auch

[1]) So wurde auch in Frankreich entschieden, obgleich Art. 61 C. de pr. die Angabe von Tag, Monat und Jahr bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt. V. Chauveau-Carré zu Art. 61 qu. 284; Schlink § 120 Bd. I S. 511 ff.

[2]) Das O.-L.-G. Dresden erklärte am 7. April 1880 eine Zustellung für unwirksam weil in der Zustellungsurkunde lediglich gesagt wurde, das Schriftstück sei einer Nichte übergeben worden, die Worte „erwachsene Hausgenossin" aber im Formular gestrichen worden waren. (Annalen des sächs. O.-L.-G. Bd. II S. 138 ff.)

müssen da die Ersatzzustellung nur unter gewissen Bedingungen gestattet ist die Umstände, aus denen sich die Zulässigkeit der Zustellung an die betr. Person rechtfertigt, mitgetheilt werden. Bei den Ersatzzustellungen gemäss § 166, 168 und 169 ist regelmässig festzustellen, dass der Zustellungsempfänger in der Wohnung bezw. im Geschäftslokal nicht angetroffen wurde oder (im Fall des § 169), dass er an der Annahme verhindert war. Erfolgt die Zustellung nach § 166 Abs. 2 so ist weiter festzustellen, dass keine der in Abs. 1 dieses § bezeichneten Personen angetroffen wurde und bei Zustellungen nach § 167, dass die Zustellung gemäss § 166 nicht ausführbar war. Ausserdem muss im letzteren Falle angegeben werden, dass und in welcher Weise die Vorschriften des § 167 beobachtet wurden, also wo die Niederlegung des Schriftstücks erfolgte und in welcher Weise dieselbe bekannt gemacht worden ist. Wird eine dieser Vorschriften nicht beobachtet, so fehlt der Nachweis, dass die Zustellung in gültiger Weise erfolgte und kann desshalb wenn es sich um eine Ladung handelt ein Versäumnissurtheil auf Grund der zugestellten Ladung nicht erwirkt werden. Jedoch können die Mängel der Ersatzzustellung dann nicht geltend gemacht werden wenn das zugestellte Schriftstück zugegebener Massen in den Besitz des Zustellungsempfängers gelangt ist. (V. Bem. V zu §§ 165 ff.)

6) Zu einer gültigen Zustellung gehört die Uebergabe einer Ausfertigung oder Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Da dem Zustellungsempfänger Gelegenheit gegeben werden muss, gegen die Feststellung der Uebergabe zu reklamiren (§ 383) schreibt das Gesetz vor, dass sowohl die Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks bezw. einer Ausfertigung oder Abschrift als die Uebergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde festgestellt werden müsse. Diese Feststellung kann nur dann vorgenommen werden wenn die Uebergabe wirklich erfolgte d. h. wenn die Annahme nicht verweigert wurde. Desshalb genügt es bei Verweigerung der Annahme, dass diese und die für diesen Fall vorgeschriebene Zurücklassung des zu übergebenden Schriftstücks am Orte der Zustellung bezeugt wird. Die Gründe, durch welche die Verweigerung der Annahme gerechtfertigt wurde, müssen nach Z. 5 nicht angegeben werden. Falls die Gründe der Verweigerung angegeben wurden, wird es sich aber empfehlen, dieselben in der Zustellungsurkunde zu erwähnen. Der Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks braucht nach § 174 in der Zustellungsurkunde nicht angegeben zu werden. Es hat diese Angabe auch wenn es sich um Uebergabe einer Abschrift handelte und die Zustellung angenommen wird keinen Zweck, da die Zustellungsurkunde mit dem zuzustellenden Schriftstück zu verbinden ist. Handelt es sich um Zustellung einer Ausfertigung so wird es jedoch nothwendig sein, das betr. Schriftstück in der Zustellungsurkunde näher zu bezeichnen. Fehlt es in einer der angegebenen Richtungen an der Feststellung der Uebergabe der betr. Urkunde bezw. der Weigerung, dieselbe anzunehmen so kann die Zustellung als unwirksam erscheinen, weil nicht feststeht, dass dieselbe in der im Gesetz vorgeschriebenen Weise ausgeführt wurde.

7) Die in der Zustellungsurkunde erfolgenden Feststellungen haben nur dann Werth wenn sie von dem Beamten ausgehen, der die Zustellung vornimmt. Dass dies der Fall ist, muss nach Z. 7 durch die Unterschrift dieses Beamten ausser Zweifel gestellt werden. Desshalb ist die Unterschrift des Gerichtsvollziehers noth-

wendig wenn der Zustellungsurkunde Beweiskraft zukommen soll und kann jedenfalls ein Versäumnissurtheil nicht erwirkt werden wenn auf der Urschrift der Urkunde, durch welche die Zustellung der Ladung bezeugt wird, diese Unterschrift fehlt. Dass die Unterschrift der Person, welcher das Schriftstück ausgehändigt wurde, nicht nothwendig ist ergibt sich aus dem Mangel einer derartigen Vorschrift. (V. auch M. 452.) Unter der Urschrift und der Abschrift der Urkunde hat der Gerichtsvollzieher eine Berechnung seiner Gebühren und Auslagen aufzustellen. (G.-O. für G.-V. § 23.)

III. Zustellungen durch Aufgabe zur Post. (§ 175.)

Die Zustellung „durch Aufgabe zur Post“ (§ 161) wird wie eine gewöhnliche Zustellung durch den Gerichtsvollzieher bewirkt. Es wird nur die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der Person angesehen, an welche zugestellt werden soll. (Bem. III. 1 und 2 zu § 161.) Desshalb muss auch der Gerichtsvollzieher eine Zustellungsurkunde aufnehmen, welche in der in § 174 Z. 2 und 3 angegebenen Weise die Namen der dort bezeichneten Personen (v. Bem. III. B. 3 zu diesem §) und die Unterschrift des Gerichtsvollziehers enthält. Ausserdem schreibt § 175 vor, dass die Aufgabe der Postsendung unter Angabe der Adresse des Zustellungsempfängers bestätigt und angegeben wird, zu welcher Zeit und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschah. Dagegen ist es nicht nöthig, dass die Uebergabe an einen bestimmten Postbeamten erfolgt und selbst wenn dies geschieht muss der Name dieses Beamten nicht angegeben werden. Wird die Sendung als eine eingeschriebene behandelt, so ist dies in der Zustellungsurkunde zu erwähnen und der von der Post ausgestellte Empfangsschein der Zustellungsurkunde beizufügen. Dass die Unterlassung der Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten, durch welche die „Aufgabe zur Post“ gerechtfertigt wird, in der Zustellungsurkunde anzugeben ist, schreibt das Gesetz nicht vor. Die Angabe empfiehlt sich aber zur Vermeidung von Weitläufigkeiten.

§ 176.

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

§ 177.

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzu-

tragen. Dass die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

§ 178.

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemässheit der Bestimmungen der §§ 165—170.

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und ausserdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muss.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemässheit der Bestimmung des § 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

(E. §§ 169—171. M. 452 und 453. K. 61 ff. 530.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die Zustellung „durch die Post“ ist ein ebenso regelmässiges Verfahren wie die Zustellung durch Gerichtsvollzieherakt. Ja sie ist vor dieser insofern bevorzugt als die Mehrkosten, welche die Zustellung durch einen Gerichts vollzieher verursachte, nach § 180 nicht zu erstatten sind wenn die Zustellung durch die Post hätte erfolgen können. Ausserdem ist dieselbe insofern bequemer als jeder im deutschen Reiche angestellte Gerichtsvollzieher befugt ist, die Herbeiführung der Zustellung durch die Post zu vermitteln (M. 453) wogegen die Zustellung durch Gerichtsvollzieher voraussetzt, dass der Zustellungsbeamte mit Rücksicht auf den Ort der Zustellung nach den Landesgesetzen zuständig ist. (V. Bem. 1 zu § 152.)

2) Wenn eine Zustellung durch die Post bewirkt werden soll kann die Partei oder deren Vertreter dieselbe nicht unmittelbar um Vornahme der Zustellung ersuchen. Vielmehr muss sie sich sofern nicht auf Grund des § 179 die Thätigkeit des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen wird an einen Gerichtsvollzieher wenden, damit dieser die Zustellung durch die Post vermittle. Diese Vermittlung ist geboten, weil die Wirksamkeit einer Zustellung voraussetzt, dass ein Schriftstück bestimmten Inhalts zugestellt sei und dieser Beweis nur geliefert werden kann wenn durch das Zeugniss eines mit öffentlichem Glauben

ausgestatteten Beamten die Uebereinstimmung der zugestellten Abschrift mit dem Original festgestellt ist. Der Postanstalt oder dem Postboten sollte eine soweit gehende Beurkundung nicht aufgebürdet werden. Desshalb wurde der Gerichtsvollzieher als Urkundsperson zwischen die Partei und die Post eingeschoben. (M. 452.) Die Zustellung durch die Post zerfällt hienach in zwei verschiedene Akte nämlich in die Uebergabe des die zuzustellende Ausfertigung oder Abschrift enthaltenden Briefumschlags an die Post (§ 177) und die Zustellung dieser Postsendung durch den Postboten (§ 178). Das Ersuchen der Post braucht nicht in förmlicher Weise zu geschehen. Es ist in dieser Beziehung die Postordnung entscheidend. (V. Postordnung vom 8. März 1879 § 35 und die Abänderungen derselben vom 24. Aug. 1879, Centralblatt für das deutsche Reich J. 1879 S. 205 und 539; Amtsblatt der Reichs-Postverwaltung J. 1879 S. 337.) Zum Nachweis einer ordnungsmässigen Zustellung sind nach dem Gesagten zwei verschiedene Urkunden erforderlich.

3) Die Frage ob die Post für den durch Nichtausführung der Zustellung oder durch Verspätung oder unrichtige Ausführung derselben entstandenen Schaden hafte ist in der C.-P.-O. nicht geregelt sondern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. In der J.-K. wurde die Frage erörtert und wurden hiebei ganz entgegengesetzte Ansichten geäussert (K. 62). Nach den bestehenden Vorschriften kann die Post hinsichtlich der Beförderung der ihr übergebenen Briefumschläge nicht in weitergehender Weise haftbar gemacht werden als dies bezüglich anderer Postsendungen der Fall ist. Es ist § 6 des Reichspostgesetzes vom 28. Okt. 1871 (Reichsgesetzblatt von 1871 S. 348) massgebend, nach welchem die Post nur für Verlust und Beschädigung von Briefen und sonstigen Postsendungen, die mit Werthangabe versehen oder eingeschrieben sind und für Verzögerungen nur dann haftet wenn die Sache verdorben ist oder ihren Werth verloren hat. Handelt es sich um einen Schaden, der nicht in dieser Weise sondern dadurch erwachsen ist, dass die vom Postboten errichtete Zustellungsurkunde mangelhaft ist etc., so hängt die Haftbarkeit von der Beantwortung der Frage ab ob nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts die Post für die Fehler des Postboten haftet und ob diese Haftbarkeit nicht durch das Postgesetz ausgeschlossen ist.

II. Thätigkeit des Gerichtsvollziehers. (§ 177.)

1) Der Gerichtsvollzieher hat die zuzustellende Ausfertigung bezw. die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks in einem nach Vorschrift des § 177 verschlossenen und mit der richtigen Adresse sowie mit einer Geschäftsnummer versehenen Briefumschlag zu verwahren und sodann diesen Briefumschlag der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsortes aufzutragen. Diese Uebergabe ist keine an bestimmte Förmlichkeiten geknüpfte Zustellung sondern es ist das Wort in einem weiteren Sinne zu verstehen. In der Regel, insbesondere wenn die Sendung nicht eingeschrieben werden sollte, wird es allerdings nothwendig sein, dass der Gerichtsvollzieher den Briefumschlag selbst auf die Post trägt, damit er die erfolgte Uebergabe bescheinigen kann. Es kann sich derselbe aber auch eines verlässigen Gehülfen bedienen,

und auch in diesem Falle die ihm obliegende Bescheinigung ausstellen wenn er durch den von der Post bezüglich der eingeschriebenen Sendung ausgestellten Empfangsschein Gewissheit darüber hat, dass der Umschlag in den Besitz der Post gelangte. (V. Bem. 2 zu § 179.)

2) Ist die Uebergabe erfolgt so hat der Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen und wenn es sich um Zustellung einer Ausfertigung handelt in einer besonderen Urkunde (Bem. III. 5 zu §§ 173 ff.) zu bezeugen, dass die Uebergabe in der im Gesetz vorgeschriebenen Weise geschehen ist. Zu dieser Beurkundung gehört, dass der Gerichtsvollzieher bestätigt, in dem übergebenen Umschlag sei die zuzustellende Ausfertigung bezw. die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ausserdem aber auch, dass er die auf dem Umschlag stehende Adresse und Geschäftsnummer sowie den Verschluss durch sein Dienstsiegel feststellt. Dass der Tag der Uebergabe in dieser Urkunde erwähnt wird ist nicht nothwendig, da in der Hauptsache die Zustellung durch den Postboten entscheidend ist.

3) Die Beurkundung der dem Gesetz entsprechenden Uebergabe des Briefumschlags an die Post ist zum Nachweis einer gültigen Zustellung unbedingt erforderlich (v. Bem. I. 2) und deren Unterlassung wird auch durch die vom Postboten errichtete Zustellungsurkunde nicht gedeckt. Insbesondere ist die Beurkundung als mangelhaft anzusehen, wenn die Bestätigung fehlt, dass in dem Briefumschlag die zuzustellende Ausfertigung bezw. beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist. [1]) Die Unterlassung der Beifügung der Geschäftsnummer wird keine sachlichen Nachtheile zur Folge haben und der Mangel der Feststellung des gehörigen Verschlusses dadurch gedeckt werden, dass in der Zustellungsurkunde des Postboten festgestellt ist, der ausgehändigte Briefumschlag sei mit dem Dienstsiegel des betr. Gerichtsvollziehers geschlossen gewesen. [2])

4) Wenn die Uebergabe des Briefumschlags an die Post in vorschriftsmässiger Weise erfolgt und beurkundet ist, so ist eine der gesetzlichen Voraussetzungen für eine gültige Zustellung gegeben; keineswegs ist aber damit die Zustellung selbst erfolgt wie es bei der Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) der Fall ist. Vielmehr hat die Uebergabe für den Prozess nur dann Bedeutung wenn die Zustellung durch den Postboten (§ 178) auch wirklich erfolgt. Daraus, dass durch die vom Gerichtsvollzieher zu errichtende Urkunde nur **eine** der Voraussetzungen einer gültigen Zustellung festgestellt werden soll, geht übrigens auch hervor, dass alle Mängel dieser Urkunde gedeckt werden wenn feststeht,

[1]) Dass die Zustellung dadurch allein ihre Wirksamkeit nicht verliere, dass aus dem Zeugniss des Gerichtsvollziehers nicht erhelle, die zugestellte Abschrift der Klage sei beglaubigt gewesen, hat das O.-L.-G. Dresden am 19. Dez. 1879 und 5. Jan. 1880 entschieden. V. Annalen des sächs. O.-L.-G. I S. 280; Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 465 ff. A. M. ist Dämmig ebendas. S. 593 ff. insbes. S. 596.

[2]) Anders entschied das L.-G. Leipzig 30. März 1880 und das O.-L.-G. Dresden am 19. Dez. 1879 und 5. Jan. 1880, Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 299 und 465 ff., Annalen des sächs. O.-L.-G. I S. 280.

dass der Briefumschlag das in Frage stehende Schriftstück enthielt und derselbe einer zur Empfangnahme der Zustellung berechtigten Person übergeben wurde. Es kann desshalb der Zustellungsempfänger, der in den Besitz des betr. Schriftstücks gelangt ist, die Gültigkeit der Zustellung nicht aus dem Grunde bestreiten, dass der Briefumschlag nicht gehörig verschlossen oder dies nicht in gehöriger Weise beurkundet worden sei. (V. Bem. V zu §§ 165 ff. u. Bem. II zu §§ 173 ff.)

5) Die Zustellungsurkunde des Postboten, deren Urschrift nach § 178 dem Gerichtsvollzieher zu übergeben ist, hat dieser sofern die Zustellung auf Anstehen einer Partei wenn auch durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erfolgte der Partei selbst bezw. deren gesetzlichen Vertreter oder Prozessbevollmächtigten wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet wurde aber dem Gerichtsschreiber zu übermitteln. (§§ 178 Abs. 3 u. 173 Abs. 4.)

III. Thätigkeit des Postboten bezw. der Postanstalt.

1) Für die Zustellung durch den Postboten gelten im Allgemeinen dieselben Vorschriften wie für die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher. § 171 findet auf die Zustellungen durch die Post keine Anwendung. Diese können vielmehr ebenso wie die Aushändigung anderer Postsendungen auch an Sonn- und Feiertagen stattfinden. (Bem. 1 zu § 171.) Eine Geschäftsanweisung enthält die Verfügung des Generalpostmeisters vom 24. Aug. 1879. Amtsblatt der Reichs-Post-Verwaltung S. 337.

2) Bezüglich der vom Postboten aufzunehmenden Zustellungsurkunde kommt im Allgemeinen § 174 zur Anwendung. Die Bezeichnung des Zustellungsempfängers kann nach der Vorschrift des § unterbleiben, da dieselbe aus der in der Zustellungsurkunde zu erwähnenden Adresse des Briefumschlags hervorgeht. Die Angabe der Person, welcher der Briefumschlag ausgehändigt wird und die Rechtfertigung, warum eine Ersatzzustellung an die betr. Person erfolgte (§ 174 Z. 4) hat aber hier dieselbe Bedeutung wie bei der Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher. Die in § 174 Z. 6 vorgesehene Bestätigung des Gerichtsvollziehers, dass eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bezw. die zuzustellende Ausfertigung übergeben worden sei, wird dadurch ersetzt, dass der Postbote die Uebergabe des seinem Verschluss seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags zu bestätigen hat. Es handelt sich nur darum ob derselbe Briefumschlag, welcher der Post übergeben wurde, auch ausgehändigt worden ist. Desshalb kommt es im einzelnen Fall lediglich darauf an ob dieser Umstand festgestellt ist.

3) Dass die Urschrift der Zustellungsurkunde der Postanstalt und durch diese bezw. durch den Gerichtsvollzieher der Partei oder deren Vertreter überliefert wird ist nothwendig weil es sonst in der Regel am Beweis für die Zustellung fehlt. Kann der Beweis der vorschriftsmässig erfolgten Zustellung in anderer Weise d. h. durch die vom Zustellungsempfänger vorgelegte Abschrift und die Beurkundung der Uebergabe an die Post (§ 177) erbracht werden so ist aber die Zustellung nicht schon desshalb als ungültig anzusehen weil diese Urschrift verloren gegangen ist. (Bem. I. 1 zu §§ 173 ff.)

§ 179.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

(E. § 172. M. 452 u. 453. K. 63 ff., 530 ff., 665 ff.)

1) Durch § 179, der sich an § 154 anschliesst und diesen ergänzt (M. 449 und 453) wird das Verfahren für die Fälle geregelt, in denen dem Gerichtsschreiber die Vermittlung der Zustellung übertragen ist, diese aber nicht durch den Gerichtsvollzieher sondern durch die Post erfolgen soll. In solchen Fällen kann der Gerichtsschreiber wenn er von der ihm durch § 179 eingeräumten Befugniss keinen Gebrauch machen will das regelmässige Verfahren eintreten lassen indem er das zuzustellende Schriftstück einem Gerichtsvollzieher übergibt. Er kann sich aber auch unmittelbar an die Post wenden und diese um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle hat er die von ihm zu beglaubigende Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bezw. die zuzustellende Ausfertigung in dem der Post zu übergebenden Briefumschlag zu verschliessen und den vorschriftsmässigen Verschluss sowie die Uebergabe des Briefumschlags an die Post in der im § 177 vorgeschriebenen Weise zu bezeugen. Auch ist, da § 178 auch auf den Gerichtsschreiber Anwendung findet, die Zustellungsurkunde des Postboten in diesem Falle von der Postanstalt dem Gerichtsschreiber zu überliefern und von diesem dem betreibenden Theil zu übermitteln. (V. Bem. II. 4 zu §§ 176 ff.) Ob der Gerichtsschreiber sich der in diesem Fall nothwendigen Thätigkeit unterziehen will hängt, wie aus den Worten: „kann“ und „unmittelbar“ hervorgeht, lediglich von seinem Belieben ab. Die Beglaubigung erfolgt in allen Fällen durch den Gerichtsschreiber. Der Schlusssatz des § enthält eine Ausnahme von der Regel des § 156 Abs. 2. [1]) Dass der Gerichtsschreiber wenn die Partei nicht ausdrücklich die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§§ 152 ff.) wünscht die Zustellung durch die Post wählen muss ergibt sich aus dem auch für ihn massgebenden § 180.

2) In der J.-K. fanden bezüglich des § 179 eingehende Erörterungen statt, bei denen aber nicht immer im Auge behalten wurde, dass derselbe nicht die Frage regelt ob durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post zugestellt werden solle sondern nur ein Mittel an die Hand gibt, für den letzteren Fall die Vermittlung des Gerichtsvollziehers zu umgehen. Bei den Debatten wurde die Frage erörtert ob der Gerichtsschreiber falls er die Post unmittelbar um Bewirkung der Zustellung ersuche gehalten sei, selbst auf die Post zu gehen oder

[1]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 158. A. M. ist Dämmig in Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 593 ff., deutsche Juristenzeitung Bd. IV. S. 688.

eine andere Person mit der Uebergabe des Briefumschlags beauftragen könne und in welcher Weise in diesem Falle die im § 179 bezw. 177 vorgeschriebene Bescheinigung auszustellen sei. Bezüglich dieser Frage stellte sich eine grosse Verschiedenheit der Meinungen heraus. (K. 530, 531.) Nach dem Schluss der Diskussion wurde festgestellt: „dass nach der Meinung der Kommission bei Annahme des Paragraphen die Bescheinigung des Gerichtsschreibers nicht dahin zu lauten brauchen würde, dass er selbst zur Post gegangen sei, sondern auch dahin lauten könne, dass er einen Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe bei der Post beauftragt habe." (K. 531.) [1]) Auch wurde diese Konstatirung unter die sogenannten authentischen Interpretationen aufgenommen. (V. Anl. K. zur 164. Sitzung S. 9.) Nach Wortlaut und Grund der Bestimmung kann darüber kein Zweifel bestehen, dass die Beurkundung der Uebergabe an die Post unter allen Umständen vom Gerichtsschreiber vorzunehmen ist, der sich derselben auch dann nicht entziehen kann wenn er den Briefumschlag der Post nicht persönlich übergeben sondern sich hiezu eines Gehülfen bedient hat. In dieser Beziehung ist der Wortlaut der §§ 177 und 179 klar; die dem entgegenstehende Auffassung, welche nur durch eine veränderte Fassung des Gesetzes hätte Geltung erlangen können, wurde aber auch durch die J.-K. ausdrücklich verworfen. Uebrigens handelt es sich bei der in Frage stehenden Bestätigung nicht bloss um die Uebergabe an die Post sondern auch darum ob die zuzustellende Ausfertigung bezw. die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks sich wirklich in dem der Post zu übergebenden Briefumschlag befindet und dies muss der Natur der Sache nach vom Gerichtsschreiber bestätigt werden. Was die Frage anbelangt, ob der Gerichtsschreiber den betr. Briefumschlag der Post unter allen Umständen persönlich übergeben muss, damit er die Bescheinigung ausstellen kann so ist dieselbe hier wie bei dem Gerichtsvollzieher zu verneinen. Das Wort Uebergabe kann in einem weiteren Sinn verstanden werden, in welchem es auch die Uebermittlung durch eine dritte Person begreift. Da es sich hier nicht um eine Zustellung an eine bestimmte Person sondern nur darum handelt ob der weiter zu befördernde Briefumschlag wirklich in den Besitz der Post gelangte, ist dem Wort hier diese weitere Bedeutung beizulegen und die Inanspruchnahme einer zuverlässigen Mittelsperson nicht ausgeschlossen soweit die bestehende Dienstanweisung eine besondere Beschränkung nicht enthält. Hat der Gerichtsschreiber den Briefumschlag der Post übermittelt und sich durch eine von dieser ausgestellte Empfangsbescheinigung bezw. durch Vorschrift des Einschreibens Gewissheit verschafft, dass der Umschlag in den Besitz der Post gelangt ist so wird er die vom Gesetz verlangte Bescheinigung mit gutem Gewissen ausstellen können und es muss eine derartige Bescheinigung als genügend angesehen werden. Dass die betr. Mittelsperson öffentlichen Glauben haben muss, erscheint um so weniger als nothwendig als es an jeder Gelegenheit für die Bethätigung dieses öffentlichen Glaubens fehlt. Der Gerichtsvollzieher hat nichts anderes zu thun als den ihm übergebenen Brief auf der Post abzugeben und dem Gerichtsschreiber die von

[1]) Im Protokoll steht statt Paragraphen irrthümlich „Antrag", was später berichtigt wurde. (V. die sog. authent. Interpretationen a. a. O. S. 9.)

dem betr. Postbeamten ausgestellte Empfangsbescheinigung zu überliefern. (Vgl. Bem. II. 1 zu § 176 ff.)[1])

§ 180.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozesskosten verurtheilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

(E. § 173. M. 453. K. 64, 71, 531.)

Die Vorschrift des § gehört eigentlich in den von den Prozesskosten handelnden Titel und ergänzt die Bestimmung des § 87 Abs. 2. Durch dieselbe wird das Ermessen des Gerichts bezüglich der Frage ob gewisse Kosten nothwendig waren beschränkt. Immerhin bleibt für dieses Ermessen noch ein erheblicher Spielraum, da die Möglichkeit der Zustellung durch die Post im Sinne des Gesetzes nur dann vorliegt wenn durch dieselbe im einzelnen Fall der Zweck der Zustellung mit Sicherheit erreicht werden konnte und das Gericht darüber zu entscheiden hat ob dies zu erwarten war oder ob es die Vorsicht gebot, die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher zu wählen. Es kann sich diese bei Zustellungen an Personen, die an abgelegenen Orten wohnen oder deren Wohnort nicht genau bekannt ist, dann empfehlen wenn die Zustellung sehr dringlich ist und durch die Post voraussichtlich nicht mehr rechtzeitig bewirkt werden würde. Ebenso kann die Wahl dieser Zustellungsart gerechtfertigt sein wenn die Zustellung (z. B. bei einem Ausländer) ausserhalb des Wohnorts bewirkt werden soll und ein Gerichtsvollzieher (wegen seiner Kenntniss der betr. Person etc.) hiezu besonders befähigt ist während die Zustellung durch die Post voraussichtlich nicht bewirkt werden könnte.

§ 181.

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniss des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

(E. § 174. M. 453. K. 71 ff., 72, 531, 532.)

1) Durch die Vorschrift des § 181 wird der Verkehr erheblich erleichtert, da die Vermittlung durch den Gerichtsvollzieher oder die Post nach derselben

[1]) V. auch von Sarwey I S. 273, 274; Gaupp I S. 472, 473. A. M. sind: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 221; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 158; Seuffert S. 181; Hellmann I S. 519, 520; Endemann I S. 564.

unnöthig ist und das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniss zum Nachweis der in gültiger Weise erfolgten Zustellung genügt. Eine Ersatzzustellung im Sinne der §§ 166—169 ist hier ausgeschlossen. Die Ausstellung der Bescheinigung durch einen hiezu besonders ermächtigten Gehülfen kann zwar thatsächlich genügen insofern der Anwalt dieselbe als von ihm ausgegangen anerkennt und es lediglich auf die Erklärung der Partei ankommt. Dagegen reicht ein derartiges Empfangsbekenntniss in den Fällen, in welchen das Gericht die Gültigkeit der Zustellung von Amtswegen zu prüfen hat (z. B. beim Versäumnissverfahren) nicht aus. [1]) Der Stellvertreter des Rechtsanwalts (§ 25 R.-A.-O. sowie der von demselben bestellte Zustellungsbevollmächtigte (§ 19 dieses Gesetzes) ist zur Ausstellung des Empfangsbekenntnisses berechtigt. Sofern es sich um Wahrung einer Nothfrist handelt muss auch die Partei, der die Zustellung gemacht wurde, darauf bedacht sein, sich (durch eine Gegenbescheinigung) den Beweis dafür zu verschaffen, dass an dem in Frage stehenden Tage zugestellt worden ist, denn die Vorlage des zugestellten Urtheils beweist an sich nicht die Zeit der Zustellung. [2])

2) Nach dem Entwurf sollte die Zustellung von Anwalt zu Anwalt nur „in Anwaltsprozessen“ zulässig sein. Durch die J.-K. wurde jedoch die Fassung des § abgeändert und kann nun von demselben auch in Parteiprozessen Gebrauch gemacht werden wenn sowohl der betreibende Theil als die Partei, an welche die Zustellung erfolgen soll, durch einen Anwalt vertreten ist. (K. 71 ff. und 531 ff.) Dieser Fall liegt jedoch nur vor wenn die Anwälte als Prozessbevollmächtigte bestellt sind, nicht wenn dieselben lediglich als Beistände zugezogen oder mit Vornahme einzelner Prozesshandlungen beauftragt wurden.

3) Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist eine fakultative in dem Sinne, dass sie ein Einvernehmen beider Anwälte bezüglich dieser Zustellungsart voraussetzt. Dies geht schon daraus hervor, dass der Rechtsanwalt, an den die Zustellung erfolgen soll, damit dieselbe wirksam wird, ein Empfangsbekenntniss ausstellen muss und keine Bestimmung besteht, welche denselben hiezu verpflichtet, oder für den Fall der Verweigerung Vorsorge trifft. Es wurde aber auch in den Motiven (453) ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen. [3])

4) Ob der Anwalt des betreibenden Theils von der in § 181 eingeräumten Befugniss Gebrauch machen will, steht jedenfalls insofern in dessen Belieben als jede auf anderem Wege sei es durch Gerichtsvollzieher sei es durch die Post

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 159; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 222; Gaupp I S. 475. A. M. sind: Seuffert S. 183; von Sarwey I S. 275; Hellmann I S. 524. Im Sinne dieser Schriftsteller entschied das O.-L.-G. Dresden am 14. Sept. 1880, Wengler's Archiv N. F. Bd. II S. 385 ff.

[2]) Die Civilkammer in Hall beschloss, dass bei Zustellungen von Anwalt zu Anwalt die Vorlage des zugestellten Schriftstückes und die Versicherung, dass es vom Gegner am betr. Datum zugestellt sei, nicht genüge, sofern die Einhaltung einer Nothfrist in Frage stehe, vielmehr vom Zustellungsempfänger der Nachweis der Zustellung geführt werden müsse. Würt. Gerichtsblatt Bd. 19 S. 138.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 159; von Sarwey I S. 275; Endemann I S. 566; Gaupp I S. 475. A. M. sind Wilmowski und Levy II. Aufl. S. 222.

bewirkte Zustellung unbedingt wirksam ist. Die Mehrkosten, welche durch die Wahl einer anderen Zustellungsart entstanden, können allerdings nach § 87 Abs. 2 der betr. Partei und im Falle eines groben Verschuldens (nach § 97) dem Anwalt selbst zur Last gelegt werden. Es wird dies jedoch nur dann gerechtfertigt sein wenn mit Bestimmtheit anzunehmen ist, dass der Gegenanwalt das nöthige Empfangsbekenntniss ohne Weiteres ausgestellt haben würde.

§ 182.

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

§ 183.

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität geniessen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören mittelst Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaats gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchens des Reichskanzlers.

§ 184.

Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

§ 185.

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozessgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniss der ersuchten Behörden oder Beamten, dass die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

(E. § 175—178. M. 453. K. 72.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. Grundsatz der Offizialthätigkeit des Gerichts.

Für die Fälle, in welchen eine Zustellung im Auslande oder an Deutsche welche das Recht der Exterritorialität geniessen, oder an Personen, die zu einem im Auslande befindlichen oder mobilen Truppentheil gehören, erfolgen soll, wurden die gewöhnlichen Vorschriften über die Zustellung nicht für ausreichend erachtet. Auch glaubte man: „dass es deutscher Rechtsanschauung und Rechtssitte mehr entspreche und auch dem Interesse der Partei förderlicher sei, hier lediglich die Offizialthätigkeit des Gerichts sorgen zu lassen.“ (M. 453.) Hienach ist die Zustellung in den in den §§ 182 und 183 vorgesehenen Fällen nicht in der Weise zu bewirken, dass ein Gerichtsvollzieher oder die Post um Vornahme derselben ersucht wird. Vielmehr wird durch Vermittlung des Gerichtsvorsitzenden bezw. Amtsrichters eine bestimmte Behörde ersucht, für die Bewirkung der Zustellung zu sorgen und bleibt es dieser Behörde überlassen, in welcher Weise dies zu geschehen hat. Dieses durch die §§ 182 und 183 in zwingender Weise vorgeschriebene Verfahren ist durch § 184 für die darin vorgesehenen Fälle neben den gewöhnlichen Zustellungsarten zugelassen. Die in § 161 vorgesehene Zustellung durch Aufgabe zur Post wird durch die Vorschriften der §§ nicht berührt.

2. Ersuchungsschreiben (§ 185 Abs. 1.)

Das Ersuchungsschreiben an die Behörde, welche die Zustellung veranlassen soll, ist in allen hier in Frage stehenden Fällen von dem Vorsitzenden des Prozessgerichts d. h. des Gerichts zu erlassen, bei welchem der Rechtsstreit, auf den sich die Zustellung bezieht, anhängig ist, oder anhängig werden soll. Bei den Kollegialgerichten gehört auch hier die erforderliche Thätigkeit nicht zur Zuständigkeit des Präsidenten sondern zu der des Vorsitzenden der einzelnen Kammern oder Senate. Ebenso steht bei den Amtsgerichten die Thätigkeit demjenigen Amtsrichter zu, der in der Sache selbst zu entscheiden hat. (Bem. zu § 55.) Unter dem Prozessgericht ist nicht das Gericht der ersten Instanz zu verstehen. Wenn in einem Prozess, der in einer höheren Instanz schwebt, oder durch Rechtsmittel an eine solche gebracht werden soll, Zustellungen zu bewirken sind, ist vielmehr der Vorsitzende dieses Gerichts als zuständig anzusehen. [1])

Daraus, dass das nothwendige Ersuchungsschreiben vom Vorsitzenden zu erlassen ist, darf nicht gefolgert werden, dass dieser auch über die Frage zu entscheiden habe, ob eine Zustellung nothwendig sei. Vielmehr bleiben in dieser Beziehung die Vorschriften in Kraft, welche bestimmen, ob eine Zustellung auf Anstehen der Parteien zu erfolgen hat oder von Amtswegen anzuordnen ist. Nur die zur Veranlassung der Zustellung nothwendigen Schritte sind hier ausnahmsweise in die Hand des Gerichts bezw. der von diesen anzugehenden Behörden gelegt. Dagegen bleibt der Grundsatz des Parteibetriebs insofern in Geltung, als in den Fällen, in welchen die Zustellung nicht von Amtswegen anzuordnen ist,

[1]) Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 226; Kleiner I S. 619; Gaupp I S. 483; Endemann I S. 572. A. M. ist Hellmann I S. 528.

der Vorsitzende nur dann ein Ersuchungsschreiben zu erlassen hat, wenn er von einer Partei darum angegangen wird. Das Gesuch um Erlassung eines Ersuchungsschreibens muss im Anwaltsprozess von einem Rechtsanwalt ausgehen (Bem. zu § 74) [1]; im Parteiprozess kann dasselbe auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen. Gegen die Verweigerung desselben ist nach § 530 Beschwerde zulässig.

3. *Bewirkung und Nachweis der Zustellung.* (§ 185 Abs. 2.)

In welcher Weise die Zustellung zu bewirken ist, hat das Gesetz der ersuchten Behörde bezw. dem ersuchten Beamten zu überlassen. Es wird vorausgesetzt, dass diese nach den am Orte der Zustellung geltenden Vorschriften verfahren. Ob dies geschehen ist, hat das über die Gültigkeit der Zustellung entscheidende Gericht aber nicht zu prüfen. Vielmehr ist das schriftliche Zeugniss der Behörde bezw. des Beamten, dass die Zustellung erfolgt sei, unbedingt massgebend. (M. 453.) Falls die Rechtshülfe versagt wird, bleibt nichts übrig als die öffentliche Zustellung. (§ 186 Abs. 2.) Die auf Grund der §§ 182—184 erfolgende Zustellung ist durch das erlassene Ersuchungsschreiben noch nicht bewirkt. Nach § 190 treten gewisse Wirkungen derselben aber wenn die Zustellung demnächst bewirkt wird bereits mit der Ueberreichung des an den Vorsitzenden gerichteten Gesuchs ein.

II. Zustellungen die im Auslande zu bewirken sind. (§ 182.)

1) Wenn eine Zustellung im Ausland d. h. in einem nicht zum deutschen Reiche gehörigen Staate bewirkt werden soll so muss gleichviel ob es sich um einen Deutschen oder einen Ausländer handelt das durch § 185 geregelte Verfahren eingehalten werden. Namentlich ist auch die Zustellung durch die Post (§ 176 ff.) ausgeschlossen. Jede auf anderem Wege erfolgte Zustellung kann als ungültig angefochten und es kann auf Grund derselben ein Versäumnissurtheil nicht erwirkt werden. In den Fällen, welche in den §§ 740, 743 und 761 vorgesehen sind, kann jedoch die Zustellung, die im Ausland erfolgen müsste, ganz unterbleiben. Die in § 161 geregelte Zustellung „durch Aufgabe zur Post", welche nicht im Auslande sondern im Inlande bewirkt wird, ist auch dann zulässig wenn die Person, an welche zugestellt werden soll, im Auslande wohnt.

2) Das vom Vorsitzenden zu erlassende Ersuchungsschreiben (Bem. I. 2) kann an die zuständige Behörde des fremden Staats oder an den in diesem Staate residirenden Konsul oder Gesandten des Reichs gerichtet werden und es ist soweit nicht durch Staatsverträge etc. besondere Bestimmungen getroffen sind in das Ermessen des Vorsitzenden bezw. Amtsrichters gestellt ob er den einen oder den anderen Weg einschlagen will. Durch Gesandte eines Bundesstaats können Zustellungen im Auslande nicht vermittelt werden. Ob die Schreiben an Gesandte und Konsuln unmittelbar oder durch Vermittlung des Reichskanzlers an diese zu befördern sind und ob dieser letztere direkt oder durch die Landesbehörden um seine Vermittlung anzugehen ist, hängt ebenso wie die Frage ob

[1]) V. Seuffert S. 186; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 159; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 223; Gaupp I S. 477. A. M. ist Hellmann I S. 528.

mit ausländischen Behörden direkt oder durch Vermittlung der Landesregierung (auf diplomatischem Wege) zu verkehren ist, von den in den einzelnen Staaten bestehenden Vorschriften ab. Das Reichsjustizamt hat im Einvernehmen mit dem auswärtigen Amt eine Reihe von Grundsätzen aufgestellt, welche geeignet sein sollen, ein einheitliches Verfahren herbeizuführen. Diese Grundsätze hat der preuss. Justizminister durch eine allg. Verfügung vom 3. Sept. 1880 zur allg. Kenntniss gebracht. (V. J. M.-Bl. 1880 S. 205 ff.; d. Juristenzeit. Bd. V S. 119 ff.)

III. Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität geniessen. (§ 183.)

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität geniessen (v. Bem. 2 zu § 16) können nur durch Ersuchungsschreiben an die im § 183 bezeichneten Personen bewirkt werden, gleichviel ob die Exterritorialen in Deutschland oder im Ausland wohnen. [1]) Bezüglich der Ausführung und des Nachweises der Zustellung kommt § 185 zur Anwendung. Die Zustellungen an Nichtdeutsche, welchen Exterritorialität zukommt, haben nach § 182 zu erfolgen, da diese Personen so anzusehen sind als ob sie im Ausland wohnten. Dass die Vorsteher der Reichskonsulate in § 183 Abs. 2 besonders genannt sind, hat darin seinen Grund, dass den Wahlkonsuln das Recht der Exterritorialität nicht zugestanden und den Berufskonsuln wenigstens bestritten wird. (V. Bem. 2 zu § 16.)

IV. Zustellungen an Militärpersonen im Auslande etc. (§ 184.)

Zustellungen, welche an eine Militärperson der im § bezeichneten Art geschehen sollen, können in der gewöhnlichen Weise d. h. wenn sich der Truppentheil im Inland befindet nach §§ 165 ff. bezw. 176 ff. wenn sich die betr. Person im Ausland aufhält nach § 182 bewirkt werden. Mit Rücksicht auf die besonderen Schwierigkeiten, welche diese Zustellung haben kann, ist aber auch gestattet, die Zustellung durch Ersuchungsschreiben des Vorsitzenden bezw. Amtsrichters (§ 185) zu veranlassen. Ein Truppentheil ist mobil wenn durch den Kaiser dessen Mobilmachung angeordnet wurde. Bezüglich der Besatzung eines Kriegsfahrzeuges kann der § sowohl dann Anwendung finden wenn sich dasselbe in mobilem Zustand d. h. in Kriegszustand befindet als wenn dasselbe in Dienst gestellt worden ist.

§ 186.

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 160; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 225; Gaupp I S. 480. A. M. ist Endemann I S. 569.

§ 187.

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozessgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden,

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist ausserdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozessgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

Das Prozessgericht kann anordnen, dass der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

§ 188.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozessgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

§ 189.

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozessgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluss, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

(E. §§ 179—182. M. 453. K. 72—74, 532.)

I. Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung. (§ 186.)

1) Die öffentliche Zustellung gibt keine Garantie dafür, dass die Person, an welche zugestellt werden soll, in den Besitz des zuzustellenden Schriftstücks gelangt, läuft vielmehr nur auf eine Fiktion wirklich erfolgter Behändigung hinaus. Sie ist desshalb auch nur auf Nothfälle berechnet, in denen keine der ordentlichen Zustellungsformen ausführbar ist (M. 453). Ist dem Gerichte nachgewiesen, dass ein solcher Nothfall vorliegt, so „ist die öffentliche Zustellung auch Personen gegenüber statthaft deren Beitritt in einen bereits anhängigen Prozess (durch Streitverkündung) bewirkt werden soll. (M. a. a. O.) Der Ausdruck „Partei“ ist hier wie im § 157 Abs. 1 im weitesten Sinne zu verstehen. [1]) In den Fällen, welche in den §§ 730, 740, 743 und 761 vorgesehen sind, kann die Zustellung ganz unterbleiben wenn nur eine öffentliche Zustellung möglich wäre.

2) Die öffentliche Zustellung ist vor Allem dann zulässig wenn der Aufenthaltsort einer Partei unbekannt ist. Auch in diesem Falle wird aber vorausgesetzt, dass eine Zustellung auf dem gewöhnlichen Wege nicht ausführbar ist. Es genügt desshalb zur Anwendung des § nicht, dass die Partei keinen festen Wohnsitz hat oder sich im Ausland aufhält, oder ihren Aufenthalt öfter wechselt sondern es ist nothwendig, dass der gegenwärtige Aufenthalt unbekannt ist und desshalb die Zustellung nur auf die in den §§ 186 ff. vorgesehene Weise erfolgen kann. Dass in den Fällen, in denen ein Prozessbevollmächtigter vorhanden und desshalb (nach § 162) an diesen zuzustellen ist, der Aufenthaltsort der Partei nicht in Betracht kommt, versteht sich von selbst. Mit dem Worte „Partei“ soll hier nur die Person, an welche zugestellt werden soll, bezeichnet werden. Aber es wird die öffentliche Zustellung auch in den Fällen ausgeschlossen sein wenn zwar der Aufenthaltsort der Partei unbekannt aber ein Generalbevollmächtigter, oder Prokurist oder Zustellungsbevollmächtigter vorhanden und bekannt ist, an welche (nach § 159 bezw. §§ 160 ff,) zugestellt werden kann. Allerdings hat der betreibende Theil in gewöhnlichen Fällen die Wahl ob er die Zustellung an diese Person oder an die Partei selbst bewirken will. (Bem. zu § 159.) Aber es liegt wenn an derartige Personen in gültiger Weise zugestellt werden kann nicht der im Gesetz vorausgesetzte Nothfall vor und man würde eine Chikane begünstigen, wollte man hier die öffentliche Zustellung gestatten. [2]) Ob der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist, hat das Gericht nach seinem pflichtmässigen Ermessen zu entscheiden. (K. 72.) Der betreibende Theil muss aber wenn die Thatsache nicht offenkundig ist seinen Antrag auf Bewilligung der öffentlichen Zustellung be-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 162; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 227.
[2]) V. Puchelt I S. 460 ff.; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 162.

gründen.[1]) Die Bestellung eines Kurators für die abwesende Partei (bad. P.-O. § 243) ist nicht vorgeschrieben. Die Vorschriften des materiellen Rechts werden jedoch durch die C.-P.-O. nicht berührt. Auch kann durch die Bestellung eines curator absentis die öffentliche Zustellung unnöthig werden.

3) Wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht d. h. wenn die Bewirkung der Zustellung von der ersuchten Behörde verweigert wurde oder voraussichtlich verweigert werden wird (v. Bem. I. 3 zu §§ 182 ff.), oder das in § 185 vorgesehene schriftliche Zeugniss bezüglich der erfolgten Zustellung aus einem anderen Grunde nicht zu erlangen ist, so kann ebenfalls der Weg der öffentlichen Zustellung betreten werden. Auch hier hat das Gericht nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden ob die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorliegen.

II. Verfahren. (§§ 187 und 188.)

1) Damit der Weg der öffentlichen Zustellung betreten werden kann, ist unter allen Umständen ein Beschluss des Prozessgerichts (v. Bem. I. 2 zu §§ 182 ff.) erforderlich, durch welchen die öffentliche Zustellung für zulässig erklärt wird. Handelt es sich um eine Zustellung, die von Amtswegen anzuordnen ist (v. § 294 Abs. 4 sowie §§ 342 u. 367), so kann das Gericht auch ohne Antrag der Parteien die öffentliche Zustellung anordnen.[2]) In anderen Fällen hat der betreibende Theil die Bewilligung durch das Gericht nachzusuchen und es kann die Entscheidung über dieses Gesuch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden. Die Bewilligung der öffentlichen Zustellung geschieht von Fall zu Fall, nicht für den ganzen Rechtsstreit. (M. 454.) Auch bei einer zweiten oder weiteren Zustellung ist in der Regel das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen nachzuweisen. Es kann aber auf die frühere Bewilligung Bezug genommen werden. Gegen eine ablehnende Entscheidung ist nach § 530 Beschwerde zulässig.[3])

2) Wenn das Gericht die öffentliche Zustellung gestattet, so hat der Gerichtsschreiber für die Ausführung derselben von Amtswegen zu sorgen. In der Regel genügt die Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an der Gerichtstafel. Wenn es sich um eine Ladung handelt, muss aber ein den Vorschriften des § 188 entsprechender Auszug in bestimmte Zeitungen eingerückt werden und es kann die Zustellung nur dann als gültig angesehen werden wenn alle diese Vorschriften befolgt wurden. Ein Antrag, auch bezüglich der Versäumnissurtheile die Einrückung in öffentliche Blätter vorzuschreiben, wurde von der J.-K. (72—74) abgelehnt.

[1]) V. auch O.-L.-G. Dresden 24. Nov. 1879 Annalen Bd. I S. 273; d. Juristenzeitung Bd. IV S. 515.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 163. A. M. sind: von Sarwey I S. 281; Gaupp I S. 486 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 228. Endemann bezeichnet (Bd. I S. 574) die Frage als zweifelhaft.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 163; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 228. A. M. ist Endemann I S. 574.

3) Nach § 189 soll das an die Gerichtstafel geheftete Schriftstück bei gewöhnlichen Zustellungen zwei Wochen bei Ladungen einen Monat dort hängen bleiben; doch hat es auf die Gültigkeit der Zustellung keinen Einfluss wenn dasselbe vom Ort der Anheftung zu früh entfernt wird. Was geschehen soll wenn die Partei, an welche zugestellt werden soll oder ein Bevollmächtigter derselben erscheint und das für dieselbe bestimmte Schriftstück beansprucht, ist im Gesetz nicht bestimmt. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass in diesem Falle der Gerichtsschreiber das Schriftstück auszuhändigen und darüber eine Urkunde zu errichten hat. Ist die nach § 189 erforderliche bezw. die vom Gericht bestimmte Frist abgelaufen so gilt das in Frage stehende Schriftstück als zugestellt und es treten damit alle Wirkungen ein, die mit der Zustellung verbunden sind. Damit der Beweis über die vorschriftsmässig erfolgte Zustellung jederzeit erbracht werden kann, muss aber der Gerichtsschreiber eine Urkunde bezüglich der Anheftung errichten und die Zeitungen, in welchen die Einrückung geschehen ist, aufbewahren. Auch hat der Gerichtsschreiber dem betreibenden Theil auf Verlangen eine Bescheinigung darüber auszustellen, dass die Zustellung in der vorgeschriebenen Weise erfolgt ist. Die Belege sind unter allen Umständen zu den Gerichtsakten zu nehmen wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet wurde. Sie werden aber auch in anderen Fällen nicht an die Partei auszuhändigen sondern vom Gerichtsschreiber aufzubewahren sein, da sie auch dem Gegner als Beweismittel dienen können. [1]) Die pr. Gesch.-Ordnung für die Gerichtsschreiber schreiben (in den §§ 17 bezw. 18) für die letzteren Fälle die Aushändigung an die betreibende Partei vor.

§ 190.

Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

(E. § 183. M. 454. K. 74.)

Während es bei den gewöhnlichen Zustellungen dem betreibenden Theil bei gehöriger Sorgfalt stets möglich sein wird, Fristen zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist, sofern dies von einer Zustellung abhängt, zu

[1]) V. auch: Seuffert S. 188; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 163; Gaupp I S. 488; A. M. sind: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 229; Puchelt I S. 462; von Sarwey I S. 281; Kleiner I S. 624. von Bülow (S. 117) findet das eine wie das andere Verfahren unbedenklich.

unterbrechen, ist diese Möglichkeit bei den ausserordentlichen, längere Zeit beanspruchenden, Zustellungen der §§ 182 ff. nicht immer gegeben. Desshalb wurde vorgeschrieben, dass, soweit es sich um die Wahrung oder Unterbrechung einer Frist oder die Unterbrechung der Verjährung handelt, die Wirkungen der Zustellung schon mit Ueberreichung des Gesuchs eintreten. In allen anderen Beziehungen, insbesondere soweit mit der Zustellung der Lauf einer Frist beginnt, ist der Tag der Zustellung selbst bezw. das dieselbe bestätigende Zeugniss massgebend. Es läuft also wenn es sich um eine Ladung handelt die Erscheinungsfrist vom Tag der wirklich erfolgten Zustellung an während schon durch das Gesuch die Verjährung unterbrochen bezw. die Frist, innerhalb deren die Ladung erfolgen soll, gewahrt wird. [1]) Damit § 190 zur Anwendung kommen kann ist es nöthig, dass auf Grund des eingereichten Gesuchs überhaupt zugestellt wird. (M. 454.) Das Wort „demnächst" bezieht sich nicht auf den Ablauf einer bestimmten Zeit. Es muss vielmehr nur der Zusammenhang zwischen dem Gesuch und der wirklich erfolgten Zustellung gewahrt sein. Dies ist auch dann der Fall wenn die Zustellung nach §§ 182 ff. unausführbar ist und auf die hierüber erfolgte Mittheilung hin sofort die öffentliche Zustellung beantragt wird.

Dritter Titel.

Ladungen, Termine und Fristen.

(§§ 191—207.)

Vorbemerkungen.

Je nachdem der Grundsatz des Prozessbetriebs durch die Parteien oder der des Offizialbetriebs durch die Gerichte gilt (v. Vorbem. zu Tit. II), muss sich das Verfahren bezüglich der Anberaumung der gerichtlichen Verhandlungstermine und der Ladungen zu denselben verschieden gestalten. Auch müssen je nach der Wahl des einen oder anderen Systems den Parteien hinsichtlich der im Prozess einzuhaltenden Fristen grössere und geringere Befugnisse zugetheilt werden. Der in der C.-P.-O. angenommene Grundsatz des modificirten Parteibetriebs macht sich denn auch nach beiden Richtungen geltend. Was die Anberaumung der Termine anbelangt, so hat die C.-P.-O. das im französischen Recht geltende „Rollensystem", nach welchem das Gericht von einem Prozess erst dann Kenntniss erlangt, wenn er von einer Partei auf die „Rolle" gebracht, d. h. in ein bei dem Gericht bestehendes Register eingetragen wird, verworfen. Es gilt im Allgemeinen der Grundsatz, dass die Termine durch den Vorsitzenden bestimmt werden und dieser schon vor Erhebung der Klage einen Termin festsetzt, an dem über dieselbe verhandelt werden soll. Eine Ladung ohne bestimmten Termin ist wirkungslos, ebenso die Zustellung einer Klageschrift ohne Ladung. Im Verfahren vor den

[1]) V. auch Urtheil des Reichsgerichts vom 8. Juli 1880 Entscheid. Bd. I S. 435; Annalen II S. 201 ff.

Amtsgerichten ist es jedoch den Parteien gestattet, ohne Ladung und Terminsbestimmung zur Verhandlung eines Rechtsstreits vor Gericht zu erscheinen. (§ 461.) Auch die Verlegung von Terminen ist in die Hand des Gerichts gelegt (§§ 205 u. 206). Es muss von den Parteien die Anberaumung eines neuen Termins auch dann beantragt werden wenn sie die Aufhebung eines bestimmten Termins (gemäss § 205) vereinbart haben. Die Ladung zu den Terminen ist in der Regel den Parteien überlassen. Nur die Ladungen der Zeugen und Sachverständigen und die Zustellungen nicht verkündeter Beschlüsse und Verfügungen werden von Amtswegen veranlasst. (§§ 294 Abs. 3, 342 und 367.) Die Fristen werden, soweit sie nicht schon im Gesetz bestimmt sind, vom Richter festgesetzt dem auch mit gewissen Beschränkungen das Recht zusteht, dieselben zu verlängern oder abzukürzen. Soweit es sich nicht um Nothfristen handelt, können auch die Parteien gesetzliche wie richterliche Fristen durch Vereinbarung verlängern oder abkürzen. (§ 202.)

Die Vorschriften über die Fristen finden übrigens nur auf diejenigen Zeitbestimmungen Anwendung, welche sich auf die Thätigkeit der Parteien beziehen, nicht auf die sogenannten uneigentlichen Fristen, welche die richterliche Thätigkeit betreffen und lediglich einen disciplinären Charakter haben. Um Fristen letzterer Art handelt es sich in den §§ 193, 281, 286, 287, 506, 717 und 761. [1])

§ 191.

Die Ladung zu einem Termine erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

§ 192.

In Anwaltsprozessen muss die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

(E. §§ 184 u. 185. M. 454 ff. K. 74.)

1) Damit über einen Prozess vor Gericht verhandelt werden kann wird in der Regel vorausgesetzt, dass die im Prozess befindlichen Parteien also auch die Streitgenossen (Bem. 2 zu § 60) sowie die etwaigen Nebenintervenienten (Bem. 1

[1]) V. auch Gaupp I S. 494; Wilmowski-Levy II Aufl. S. 230.

zu § 64) aufgefordert wurden, in dem vom Vorsitzenden bestimmten Termin (§ 193) zu erscheinen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht für das Verfahren vor den Amtsgerichten. (§ 461.) Auch ist in der Regel eine besondere Ladung zu denjenigen Terminen nicht erforderlich, welche in verkündeten Entscheidungen festgesetzt wurden. (§ 195.) Nur wo es ausdrücklich vorgeschrieben ist, muss auch in solchen Fällen geladen werden. Derartige Vorschriften bestehen für eine Reihe von Fällen, in denen eine Partei ausgeblieben ist. (§§ 300 Abs. 1, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611, 620, 624, 626 und Bem. zu § 195.)

2) Soweit eine Ladung nothwendig ist hat dieselbe in der Regel eine der Parteien und zwar diejenige Partei zu veranlassen, welche in dem Termin verhandeln will. Nur wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibt, hat die Ladung von Amtswegen durch das Gericht zu erfolgen. Ob hinsichtlich der Terminsbestimmung eine richterliche Prüfung erforderlich wird, ist nicht entscheidend. [1]) Für die ladende Partei hat die Ladung die Wirkung, dass sie sich verpflichtet, im Termin zu erscheinen und wenn sie dies nicht thut eine Versäumung des Termins vorliegt. (Bem. I. 3 zu §§ 300. ff.) [2]) Wird ein Termin von Amtswegen anberaumt oder verlegt ohne dass der Verhandlungstermin verkündet worden ist, so wird der letztere den Parteien mittelst Zustellung des betreffenden Beschlusses oder der betreffenden Verfügung von Amtswegen bekannt gemacht. (§ 294 Abs. 3.) In den Beschluss oder in die Verfügung muss die Aufforderung zum Erscheinen im Termine aufgenommen werden; die Ladung erfolgt in diesen Fällen nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen. (arg. § 195 und vgl. §§ 354 Abs. 2, 761 Abs. 2, n. E. § 357.) Unter der Voraussetzung, dass eine Verkündung der Terminsbestimmung nicht stattgefunden hat, zählen hierher die Fälle der §§ 139, 140, 142, 317, 326, 331, 335, 761.) (M. 455.) Die Terminsbestimmung, welche gemäss §§ 193 und 233 erfolgt, enthält nicht eine Anordnung oder Verfügung des Vorsitzenden sondern nur die Bezeichnung eines Termins, zu dem geladen werden kann. Sie ist desshalb nicht von Amtswegen zuzustellen.[3]) Nach der Vorschrift des § 195 ist eine Ladung der Parteien zu einem bestimmten Termin nicht erforderlich wenn dieser Termin in einer verkündeten Entscheidung anberaumt wurde. Die Verkündung durch das Gericht ersetzt also die durch § 191 vorgeschriebene Ladung. (M. a. a. O.) Nach § 294 Abs. 3 soll aber die von Amtswegen erfolgende Zustellung der nicht verkündeten Beschlüsse dieselbe Wirkung haben wie sie der Verkündung zukommt. Auch in den Fällen, in welchen ungeachtet der Verkündung eines neuen Termins zu diesem zu laden ist (§§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611, 620, 624, 626) kommt in Ermanglung einer Ausnahmebestimmung der Grundsatz zur Anwendung, dass die Ladung durch die Partei zu erfolgen hat. [4]) Auch diese Zustellung muss also die Ladung ersetzen.

[1]) V. dag. Baron in Busch's Zeitschr. für d. Civilprozess J. I. S. 401 ff.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 166. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 236; Endemann I S. 586.

[3]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 235.

[4]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 167; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 235, 236. A. M. ist Baron a. a. O.

3) Was den Inhalt der gemäss § 191 erfolgenden Ladungen anbelangt, so wurde es unterlassen, besondere Erfordernisse derselben vorzuschreiben weil sie sich mit Rücksicht auf den Zweck der Ladung, den Gegenstand des Termins zu welchem geladen wird und die Person des Ladenden im einzelnen Falle von selbst ergeben. (M. 455.) Wenn die Ladung die Parteien und den festgesetzten Termin sowie den Gegenstand, über den in demselben verhandelt werden soll, in hinreichender Weise erkennen lässt ist allen berechtigten Anforderungen Genüge geschehen. Die Ladung hat wenn sie allein zugestellt wird in einem besonderen, von der Partei bezw. deren Vertreter ausgehenden, Schriftstück zu erfolgen; dagegen ist sie wenn mit derselben eine Klageschrift (§ 230) oder ein anderer Schriftsatz zugestellt wird in diesen aufzunehmen. Der Gerichtsvollzieher hat nicht die Ladung vorzunehmen und dass dies geschehen in der Zustellungsurkunde zu bezeugen. Vielmehr hat er lediglich das die Ladung enthaltende Schriftstück zuzustellen und dass dies geschehen zu beurkunden. Im Anwaltsprozess muss die Ladung sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt auch die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen und es kann wenn dies unterlassen wurde ein Versäumnissurtheil nicht erwirkt werden. (§ 300.) Doch kann diese Versäumung nachgeholt werden und ist wenn dies rechtzeitig geschehen ist eine wiederholte Zustellung des bereits zugestellten Schriftsatzes nicht erforderlich. (n. Pr. S. 530.)

§ 193.

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzuberaumen.

(E. § 186. M. 454 u. 455. K. 74 u. 532.)

1) Soll nach § 191 die Ladung zu einem Termin durch eine Partei erfolgen (Bem. 1 und 2 zu § 191) so hat diese die Ladung zunächst zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen, der dieselbe sofort dem Vorsitzenden der Kammer oder des Senats, vor welche die Sache gehört, bezw. dem betr. Amtsrichter vorzulegen hat. Im Verfahren vor den Amtsgerichten kann die Terminsbestimmung erspart werden wenn die beiden Parteien sich an einem ordentlichen Gerichtstage freiwillig vor Gericht einfinden. (§ 461.)

2) Dass die Anberaumung eines Termins vom Vorsitzenden oder Amtsrichter nicht wegen Mangelhaftigkeit der Ladung verweigert werden darf, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes („zum Zweck der Terminsbestimmung“) hervor. Auch wurde in den Motiven (454) hervorgehoben, eine sachliche Prüfung des Inhalts der Schriftsätze, in welche eine Ladung aufgenommen ist, zu dem Zwecke, formell oder materiell unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen,

finde nicht statt. Es ist lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssitzung entscheidend. Eine Vorschrift, dass die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden könne, wurde als entbehrlich angesehen. Nur für das Verfahren in Ehe- Entmündigungs- und Aufgebotssachen wurden Ausnahmen von diesem Grundsatze gemacht. (§§ 570, 597, 824.) Auch äusserliche Mängel der Ladung können die Verweigerung der Terminsbestimmung nicht rechtfertigen, da dieselben durch Verzicht der Geltendmachung gedeckt werden können (§ 267) und jedenfalls nur das Gericht über deren Wirkungen zu entscheiden hat. Ebensowenig darf die Terminsbestimmung verweigert werden, weil die Prozessfähigkeit oder Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 54) beanstandet wird oder die Vollmacht nicht nachgewiesen ist. Ueber alle diese Punkte hat nicht der Vorsitzende sondern das Gericht zu entscheiden. [1]) Im Anwaltsprozess ist jedoch der Vorsitzende berechtigt, einem Gesuch um Terminsbestimmung, das nicht von einem bei dem Prozessgerichte zugelassenen Rechtsanwalt ausgeht, eine Folge nicht zu geben da die Partei sich nur durch einen solchen Anwalt an das Gericht wenden kann und dieser Grundsatz auf einem öffentlichen Interesse beruht. (n. Pr. S. 533.) [2]) Gegen Verweigerung der Terminsbestimmung ist nach § 530 Beschwerde zulässig. Die in Abs. 2 des § festgesetzte Frist ist eine „uneigentliche Frist.“ (Vorbem. zu §§ 191 ff.)

3) Bei Anberaumung des Termins hat der Vorsitzende die gesetzlichen Minimalfristen (§§ 123, 194, 234, 244, 459, 462, 481, 484, 517, 519, 567 Abs. 2, 636 Abs. 2 etc.), sowie etwaige besondere Umstände und Anträge der ladenden Partei (v. § 204) zu berücksichtigen. (M. 455.) Geschieht dies nicht, so kann das Gericht eine Vertagung eintreten lassen. (§§ 206 und 302.) Dass für jede Sache eine bestimmte Stunde als Beginn des Verhandlungstermins festzusetzen ist, ergibt sich aus dem System der C.-P.-O. nach welchem für die einzelnen Sachen ein besonderer Termin anberaumt werden muss. Auch war man in der J.-K. (532) darüber einig. Nach § 197 Abs. 2 gilt übrigens ein Termin erst dann als versäumt wenn die Partei bis zum Schluss der Verhandlung nicht erschienen ist.

§ 194.

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine

[1]) V. auch Endemann I S. 457 ff. u. 589; Gaupp I S. 355 ff. und 498; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 169; ferner Erk. des Reichsgerichts vom 29. Nov. 1880, Wenglers Archiv N. F. Bd. II. S. 400. A. M. sind: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 239; Pregizer im würt. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 112.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 168; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 239; Endemann I S. 589; Gaupp I S. 499; Wach, Vorträge S. 61; Pregizer im würt. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 112.

Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Mess- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

(E. § 187. M. 456. K. 74. B. S. 9.)

Durch den § werden die Ladungsfristen d. h. die Fristen, welche in anhängigen Sachen zwischen dem Tag der Zustellung und dem der Verhandlung liegen sollen (v. Bem. I. zu § 198), für die verschiedenen Prozesse ohne Rücksicht auf den Wohnort der Parteien festgesetzt. Da die Frist zwischen der Zustellung und dem Terminstage liegen soll, ist der Tag der Zustellung sowie der des Termins nicht mitzurechnen. (V. § 199 und 200.) Gesetzliche Zusatzfristen sind auch für den Fall, dass die zu ladende Partei im Ausland wohnt nicht vorgesehen. Die Bestimmungen der §§ 202, 205 und 207 über Fristenverlängerung und Terminsverlegung wurden als ausreichend erachtet. (M. 456.) Wird die Ladungsfrist, welche nach § 204 abgekürzt werden kann, nicht eingehalten so hat dies sachliche Nachtheile nicht zur Folge. Es kann aber wenn nicht rechtzeitig geladen wurde ein Versäumnissurtheil nicht erwirkt werden (§ 300), und das Gericht kann die Sache von Amtswegen vertagen wenn es dafür hält, dass die vom Vorsitzenden bestimmte Ladungsfrist zu kurz bemessen war. (§ 302.) Ist die geladene Partei erschienen so hat sie wenn die Ladungsfrist nicht eingehalten wurde ein Recht auf Vertagung und es können die §§ 90 und 97 zur Anwendung kommen.

§ 195.

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

(E. § 188. M. 455. K. 74.)

Die Verkündung des Termins in der mündlichen Verhandlung ersetzt die Ladung bezw. deren Zustellung ohne Rücksicht darauf ob bei der Verhandlung die eine oder die andere Partei oder ob beide Parteien abwesend waren (§§ 283, 294 Abs. 2). Nur in den Fällen der §§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611, Abs. 1 wurde hievon abgewichen und hat in diesen Fällen die erschienene Partei trotz der Verkündung der Terminsbestimmung die nicht erschienene zu dem neuen Termine zu laden. (M. 455.) Die in § 194 vorgeschriebene Frist ist jedoch auch hier zu beobachten. Die Frage, welche Frist der Geladene haben soll, ist unabhängig von dem Umstand ob die Aufforderung, im Termin zu erscheinen, mündlich oder schriftlich erfolgt. [1]) Eine Abkürzung der Frist (§§ 202 und 204) kann auch hier erfolgen. Weitere Ausnahmen von der Regel des § 195 enthält das durch die J.-K. neu geregelte Entmündigungsverfahren, insofern darin auf § 611 verwiesen wird. (§§ 620, 624, 626.) In der J.-K. (74) wurde ein

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 170; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 240. A. M. ist Gaupp I S. 500, 501.

Antrag, nach welchem die Verkündung nur für die bei derselben anwesenden Parteien als Ladung gelten sollte, abgelehnt. Die Vorschrift des § findet auch dann Anwendung wenn zum persönlichen Erscheinen oder zu einer Eidesleistung Termin angesetzt wird. (Bem. 2 zu §§ 162 ff.)

§ 196.

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

(E. § 189. M. 455. K. 74.)

1) Die Termine sind in der Regel an der Gerichtsstelle d. h. an dem Orte, an dem das in Frage stehende Gericht seinen Sitz hat und zwar im Gerichtsgebäude abzuhalten. Auch findet diese Regel sowohl auf das Gericht, bei welchem ein Prozess anhängig ist als auf den ersuchten bezw. beauftragten Richter Anwendung. Ausnahmen sind nur für diejenigen Fälle gestattet, in welchen die Verhandlung bezw. eine im Termin vorzunehmende Handlung „an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann." Abgesehen von der Einnahme eines Augenscheins durch das Gericht oder einen ersuchten oder beauftragten Richter (§§ 135 und 336 ff.) und der Zeugenvernehmung an Ort und Stelle (§ 340 Abs. 1 Z. 1) gehören hierher die Fälle, in denen eine Partei oder ein Zeuge am Erscheinen verhindert ist (§§ 340 Abs. 1 Z. 3, 441 Abs. 1) oder gesetzlich nicht zum Erscheinen angehalten werden kann (§§ 196 Abs. 2, 340 Abs. 2, 347, 441 Abs. 2). Auch wenn es sich um Vorlegung einer Urkunde bezw. um Einsichtnahme von Handelsbüchern handelt kann es nothwendig werden, dass ein Termin an dem Orte abgehalten wird, an dem sich die betr. Urkunde bezw. das Handelsbuch befindet. (v. § 399 und Art. 38 H.-G.-B. und Bem. 2 zu §§ 133 ff.) In allen Fällen wird vorausgesetzt, dass der Termin nicht an der Gerichtsstelle stattfinden kann; es genügt also nicht, dass Zweckmässigkeitsgründe z. B. Rücksichten auf Kostenersparung es wünschenswerth machen, den Termin an einem anderen Orte abzuhalten. Insbesondere kann die Entfernung der Zeugen vom Sitze des Prozessgerichtes, welche nach § 340 die Uebertragung des Zeugenverhörs an ein anderes Gericht zulässig macht, es nicht rechtfertigen, dass die Zeugen zur Ersparung von Kosten ausserhalb der Gerichts-

stelle verhört werden.[1]) Hinsichtlich der Oeffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ist in §§ 170 ff. G.-V.-G. kein Unterschied zwischen dem Termine an und ausserhalb der Gerichtsstelle gemacht.

2) Die in Abs. 2 des § enthaltene Vorschrift hat ihren Grund in der bevorzugten Stellung, welche den darin bezeichneten Personen durch die E.-G. zur C.-P.-O. und zum G.-V.-G. (§ 5) eingeräumt ist und steht im Einklang mit den Bestimmungen der §§ 340 Abs. 2 und 441 Abs. 2. Die Anwendung der §§ 132 und 268 auf die in Frage stehenden Personen ist hienach ausgeschlossen. Auch als Zeugen brauchen die in Abs. 2 bezeichneten Personen nicht an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

§ 197.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

(E. § 190. M. 456. K. 74.)

1) Der zur Verhandlung oder zu einer Beweisaufnahme anberaumte Termin kann genau zu der Zeit eröffnet werden, auf welche der Termin angesetzt wurde. Es braucht hienach wenn die festgesetzte Stunde angebrochen ist nicht der Ablauf dieser Stunde oder irgend eine andere Zeit abgewartet zu werden. Vielmehr ist die festgesetzte Stunde auch die sogen. Kontumazialstunde. Es muss sich jede Partei, die zu dieser Stunde nicht erschienen ist, gefallen lassen, dass ohne sie verfahren bezw. vom Gegner Versäumnissurtheil erwirkt wird. (V. Bem. 3 zu § 193.) Vor der Verhandlung ist die Sache aufzurufen d. h. durch den Vorsitzenden oder in dessen Auftrag durch den Gerichtsschreiber oder den dienstthuenden Gerichtsvollzieher mitzutheilen, dass nun der Termin beginne. Sind bei dem Aufruf, der auch nach der festgesetzten Stunde erfolgen kann und auch dann seine volle Wirkung hat,[2]) beide Parteien nicht erschienen, so ist wenn es sich um eine Beweisaufnahme handelt diese nach § 332 gleichwohl zu bewirken. Dagegen wird wenn eine mündliche Verhandlung in Frage steht eine Vereinbarung der Parteien angenommen, dass das Verfahren ruhen solle. (§ 228.) Dasselbe ist der Fall wenn eine der Parteien anwesend ist aber nicht verhandelt. (§ 298.) Wurde der Termin von beiden Parteien versäumt so kann das Gericht nach § 228 verfahren und braucht die später erschienenen Parteien nicht mehr zur Verhandlung zuzulassen. Es kann aber auch eine spätere Stunde zur Verhandlung festsetzen oder die Sache an den Schluss der Sitzung verweisen und dadurch den Parteien das Recht der Verhandlung bezw. das Recht, ein Versäumnissurtheil zu beantragen, offen halten. (§ 206.) Hat das Gericht von dieser Befugniss

[1]) So auch Seuffert S. 196; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 170; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 242; Gaupp I S. 502; Bolgiano S. 389 Anm. *. A. M. sind Puchelt I S. 174 und Uebel I S. 185.

[2]) V. Seuffert S. 197; Endemann I S. 594; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 171; Gaupp I S. 504.

keinen Gebrauch gemacht, so ist es wenn sich später beide Parteien einfinden immer noch gestattet dieselben zur Verhandlung zuzulassen. Doch hängt es vom Ermessen des Gerichts ab, ob dies geschehen soll. Dagegen ist in diesem Falle eine Partei, welche sich später einfindet, nicht mehr berechtigt, die Erlassung eines Versäumnissurtheils zu beantragen muss vielmehr nach § 228 Abs. 2, damit dies geschehen kann, eine neue Ladung zustellen lassen. Ist auf Antrag einer Partei ein Versäumnissurtheil ergangen so kann dasselbe nur auf dem Wege des Einspruchs beseitigt werden. Es ist nicht gestattet, das Versäumnissurtheil zurückzuziehen wenn der Beklagte sich noch in derselben Sitzung einfindet oder beide Parteien nachträglich erscheinen und erklären, dasselbe als nicht ergangen zu betrachten. [1])

2) Wenn auch die Sache rechtzeitig aufgerufen und von einer Partei Versäumnissurtheil beantragt wurde, ist der Termin vom Gegner doch erst dann versäumt wenn die Verhandlung vom Vorsitzenden geschlossen worden ist. (§ 127.) Solange dies nicht geschehen kann die Partei, welche sich verspätet hat, also noch in die Verhandlung eintreten. Es verhält sich dann ebenso als ob diese Partei bei Beginn des Termins schon zugegen gewesen wäre. Auch wenn die Wiederaufnahme der Verhandlung vom Gericht beschlossen wurde (§ 142) kann die vorher nicht erschienene Partei ihre Rechte in vollem Masse geltend machen, da in diesem Falle die Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach wieder eröffnet wird.

3) Ist es unterlassen worden, eine bestimmte Stunde für die Verhandlung festzusetzen oder ist die festgesetzte Stunde in der Ladung nicht angegeben worden so hat sich die vorgeladene Partei, da wohl die Zeit des Anfangs nicht aber die des Schlusses der Sitzung bekannt ist, zu der Stunde einzufinden, zu welcher die Gerichtssitzungen gewöhnlich beginnen und auf den Aufruf zu warten. Diese Stunde ist desshalb auch als die sogen. Kontumazialstunde anzusehen wenn keine andere Zeit zur Verhandlung festgesetzt wurde. [2])

§ 198.

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 243. A. M. ist Uebel Bd. I S. 186.

[2]) V. auch Puchelt I S. 476; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 171; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 243; Kleiner I S. 633; Gaupp I S. 503, 504; Wach, Vorträge S. 115, 116. A. M. sind: Seuffert S. 198 und Bolgiano S. 406.

mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

(E. § 191. M. 456. K. 74.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die C.-P.-O. kennt folgende Arten von Fristen:

a. Als Einlassungsfristen bezeichnet das Gesetz diejenigen Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift bezw. Berufungs- und Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen sollen (§§ 234, 459, 481, 515, 517, 567 Abs. 2);

b. Ladungsfristen sind diejenigen Fristen, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen sollen (§§ 194, 456, 462, 636);

c. Fristen, welche die Zustellung vorbereitender Schriftsätze regeln, sind gegeben: für die Klagbeantwortung, Beantwortung der Berufungs- und Revisionsschrift in den §§ 244, 484, 519; für sonstige vorbereitende Schriftsätze in den §§ 123, 245 Abs. 2.

d. Als Nothfristen bezeichnet das Gesetz die Fristen: zur Einlegung des Einspruchs (§ 304), der Berufung und Revision (§§ 477 und 514), der sofortigen Beschwerde (§ 540 Abs. 2), zur Erhebung der Restitutions- und Nullitätsklage (§ 549), der Anfechtungsklage gegen das Ausschlussurtheil (§ 835) und gegen einen Schiedsspruch (§ 870).

e. Die C.-P.-O. unterscheidet gesetzliche und richterliche Fristen. Richterliche Fristen werden von dem Richter gegeben. Gesetzliche Fristen werden nicht durch Verfügung des Richters in Lauf gesetzt, sondern ihr Beginn knüpft sich kraft Gesetzes unmittelbar an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniss (z. B. die Zustellung eines Parteischriftstücks). Dahin gehören sämmtliche Nothfristen, die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzuug in den vorigen Stand (§§ 212, 213, 214 Abs. 3), auf Berichtigung des Thatbestands (§ 291), auf Ergänzung des Urtheils (§ 292), für Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlbefehl (§§ 632, 634). Der innere Unterschied zwischen diesen Fristen macht sich in den Vorschriften über die Zulässigkeit ihrer Erstreckung und Abkürzung geltend. (§§ 202 und 204.)

2) In der J.-K. stellte Struckmann die Frage: „ob Einlassungs- und Ladungsfristen als richterliche oder gesetzliche Fristen aufzufassen seien. Die Motive führten sie als richterliche Fristen auf; er selbst halte sie für gesetzliche Fristen.“ Darauf erwiderte vom Amsberg: „Die angezogene Aeusserung der Motive sei dogmatischer Natur. Die Sache sei zweifelhaft; der Begriff „richterliche“ und „gesetzliche“ Frist stehe nicht fest und werde sehr verschieden aufgefasst. Es solle der Doktrin überlassen bleiben, ob die Einlassungs- und Ladungsfristen unter die richterlichen oder die gesetzlichen Fristen zu subsumiren seien.“ (K. 75.) Nach der Natur der Sache und dem bestehenden Sprachgebrauch sind unter richterlichen Fristen die vom Richter im einzelnen Falle vorgeschriebenen,

unter gesetzlichen Fristen die vom Gesetz allgemein festgesetzten und hinsichtlich ihres Beginns unmittelbar an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniss geknüpften Fristen zu verstehen. Es ist nicht der vom Richter bestimmte Termin, sondern die vom Gesetz angeordnete Dauer der Frist entscheidend. [1]) Die Ladungsfristen und Einlassungsfristen sowie diejenigen für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmten Fristen, welche im Gesetz selbst bestimmt sind, werden desshalb zu den „gesetzlichen Fristen" gerechnet. Dagegen sind die Fristen der letzteren Art dann als richterliche anzusehen wenn ihre Festsetzung dem Richter überlassen wurde (§§ 217 Abs. 3, 234 Abs. 2 und 459 Abs. 2). Praktische Bedeutung hat die Frage nicht weil Einlassungs- und Ladungsfristen nach § 204 unter allen Umständen abgekürzt werden können und die Verlängerung derselben von vornherein in der Hand des den Termin bestimmenden Vorsitzenden, ausserdem wegen der Zulässigkeit der Vertagung (§ 205) auch in der Hand des Gerichts liegt.

II. Beginn des Fristenlaufs.

1) Ueber den Beginn der gesetzlichen Fristen enthält der § keine Bestimmung weil der Lauf derselben regelmässig an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniss geknüpft ist. Richterliche Fristen beginnen in allen Fällen, in denen das die Frist bestimmende Schriftstück zugestellt werden muss, mit der Zustellung des Schriftstücks und in den Fällen, in welchen es einer solchen Zustellung nicht bedarf (§ 294) mit Verkündung der Entscheidung, in welcher die Frist gegeben wird. Auch diese Regel gilt aber nur sofern nicht bei Festsetzung derselben etwas Anderes bestimmt wird; es steht dem Richter hienach das Recht zu, im einzelnen Falle die Frist ungeachtet der Verkündung der Entscheidung erst mit deren Zustellung beginnen zu lassen oder den Beginn von einem anderen Ereigniss z. B. einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen.

2) Ist der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist von einer bestimmten Zustellung abhängig (§§ 304, 477, 514) so hat die Zustellung nach § 198 Abs. 2 die Wirkung, dass die von ihr abhängigen Fristen auch gegen diejenige Partei laufen, welche die Zustellung bewirken liess. Die Partei, welche ein der Berufung unterworfenes Urtheil zustellen lässt, eröffnet also damit die Berufungsfrist nicht bloss für den Gegner sondern auch für sich selbst. Ebenso wird durch Zustellung eines Versäumnissurtheils, in dem nur theilweise zu Gunsten des Klägers erkannt wurde neben der Einspruchsfrist für den Beklagten auch die Berufungsfrist für den Kläger in Lauf gesetzt.

§ 199.

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 171, 172; Seuffert S. 193 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 233, 234; Endemann I S. 584; Gaupp I S. 506, 507; Fitting § 35, S. 110; Bolgiano S. 392.

der Zeitpunkt oder das Ereigniss fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

§ 200.

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

(E. §§ 192 u. 193. M. 456 u. 457. K. 74.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die §§ 199 und 200 sind den Art. 328, 329, 330 des deutschen Handelsgesetzbuchs, den Art. 32 und 92 der deutschen Wechselordnung und den Vorschriften der Prozessordnung für Hannover (§ 146) und Württemberg Art. 261 ff. im Wesentlichen entsprechend. Die aufgestellten Regeln beziehen sich jedoch im Allgemeinen d. h. abgesehen von § 200 Abs. 2 nur auf solche Fristen, welche nach Tagen, Wochen und Monaten bestimmt sind, nicht auf Fristen, die nach Jahren oder Stunden berechnet werden. Soweit die §§ 199 und 200 überhaupt zur Anwendung kommen, gelten sie für alle Arten von prozessualischen Fristen. Dagegen fallen die durch das bürgerliche Recht festgesetzten Fristen nicht unter diese Vorschriften.

2) Eine besondere Vorschrift hinsichtlich der Streitgenossen wurde in die C.-P.-O. nicht aufgenommen weil zu einer Abweichung von dem bei der Streitgenossenschaft geltenden Grundsatze (§ 58) keine Veranlassung vorliege, für die Fälle nothwendiger Streitgenossenschaft aber § 59 bereits die entsprechende Bestimmung enthalte. (M. 456 ff.) Soweit eine gemeinschaftliche Verhandlung und die Entscheidung in demselben Urtheile wünschenswerth ist, lässt sich dieser Zweck durch eine Verlegung des Termins erreichen.

3) Die Bestimmung des § 200 Abs. 2, nach welcher wenn das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt die Frist erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages endigt, erstreckt sich nach der allgemeinen Fassung wie nach dem Grund des Gesetzes auf alle Arten von Fristen also auch auf solche, welche nach Jahren, Tagen oder Stunden bestimmt sind. Dass die betr. Vorschrift sich ihrer Stellung nach nur auf wöchentliche und Monatsfristen

zu beziehen scheint, hat in der Entstehungsgeschichte des § seinen Grund. In § 225 n. E., welcher dieselbe Vorschrift in Abs. 3 enthielt, war in Abs. 1 gesagt: „Eine Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, endigt mit Ablauf des letzten Tages der Frist.“ Dieser Abs. wurde als überflüssig gestrichen und daraus ergab sich die Fassung, welche die Absicht einer Beschränkung zu rechtfertigen scheint. [1]) Der Umstand, dass der Anfang der Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, hat keinen Einfluss auf deren Berechnung. Ob ein allgemeiner Feiertag vorliegt, ist nach den Bestimmungen des Landesrechts zu entscheiden (v. Bem. zu § 171) und zwar ist nach dem Grund des Gesetzes nicht das am Sitz des Prozessgerichts oder am Wohnsitz der betr. Partei geltende Recht sondern das Recht des Ortes massgebend, an dem die in Frage stehende Prozesshandlung bezw. Zustellung vorgenommen werden soll. [2])

II. Fristen, welche nach Tagen und Stunden bestimmt sind. (§ 199.)

1) Bezüglich der Fristen, welche nach Tagen bestimmt sind (v. §§ 125 Abs. 2, 194, 459, 567 Abs. 1, 761 Abs. 1) ist der Tag, auf welchen das den Anfang der Frist bestimmende Ereigniss fällt, bei Berechnung der Frist nicht mitzuzählen. (§ 199.) Es hat also die Partei, gegen welche eine Frist läuft, zur Vornahme der in Frage stehenden Prozesshandlung abgesehen vom Tag der Zustellung ebensoviele Tage frei, als die Frist beträgt. Dass diese Vorschrift sich nicht auf die nach Wochen oder Monaten bestimmten Fristen bezieht, ergibt sich aus der Fassung der Vorschrift sowie daraus, dass die Berechnung dieser Fristen in § 200 in besonderer Weise geregelt ist. Auch die Jahresfristen fallen unter die Vorschrift des § 200. (V. Bem. III. 3.) Die Fristen, welche nach Stunden bestimmt sind (v. §§ 194, 234, 459, 506, 529 u. 567 Abs. 2), werden a momento ad momentum berechnet. Desshalb kann § 199 auf sie keine Anwendung finden.

2) Die in § 200 enthaltene Vorschrift, dass die nach Wochen oder Monaten bestimmte Frist mit dem Ablauf des letzten Tages endigt, war im n. E. (§ 225) auch für die nach Tagen bestimmten Fristen ausdrücklich gegeben worden. Bei Aufstellung des Entw. zur C.-P.-O. wurde aber diese Vorschrift als selbstverständlich nicht aufgenommen. (M. 456.)

3) Dass unter einer auf „acht“ oder „vierzehn“ Tage bestimmten Frist volle acht oder vierzehn Tage ausschliesslich des im § 199 gedachten Tages zu verstehen sind (Art. 328 Nr. 1 D. H.-G.-B.), wurde in den Motiven (a. a. O.) als selbstverständlich bezeichnet. Im gewöhnlichen Leben wird allerdings häufig statt von einer oder zwei Wochen von acht oder vierzehn Tagen gesprochen. Da aber dieser Sprachgebrauch immerhin ein schwankender und auf dem Gebiete des Handelsrechts bereits beseitigt ist, auch hier wo lediglich die Bedeutung der im Gesetz gebrauchten Worte in Frage steht der Wille des Gesetzgebers entscheiden muss, ist das Gesetz in der in den Motiven angegebenen Weise aus-

1) V. Seuffert S. 205; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 246; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 174.

2) V. Seuffert S. 206; von Sarwey I S. 295; Gaupp I S. 511; Wilmowski-Levy II. S. 246.

zulegen und bei einer Frist von acht oder vierzehn Tagen nicht § 200, sondern § 199 zur Anwendung zu bringen. [1])

III. Fristen, welche nach Wochen, Monaten und Jahren bestimmt sind.
(§ 200 Abs. 1.)

1) Die nach Wochen bestimmten Fristen endigen mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, der durch seine Benennung dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat. Eine Frist von einer oder mehreren Wochen, welche an einem Montag begonnen hat, endigt also am Montag der zweiten oder einer folgenden Woche und zwar mit Ablauf des betr. Tages also um Mitternacht. Hienach ist es in der Regel d. h. wenn der Anfang der Frist von einem bestimmten Ereigniss abhängt einerlei ob eine Frist von einer oder zwei Wochen oder eine solche von sieben oder vierzehn Tagen gegeben wird. Nur wenn der Lauf einer richterlichen Frist mit dem Beginn eines bestimmten Tages anfangen soll würde die Bezeichnung einen Unterschied bewirken.

2) Das Ende der nach Monaten bestimmten Fristen tritt mit Ablauf des Tages ein, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, an dem die Frist begonnen hat und wenn dieser Tag (z. B. der 31.) in dem betr. Monate fehlt am letzten Tage dieses Monats, also wenn es sich um den Februar handelt am 28. oder 29. Febr. Daraus ergibt sich, dass die Monatsfristen von ungleicher Dauer sind.

3) Die Berechnung von Jahresfristen ist in der C.-P.-O. nicht geregelt. Der Natur der Sache nach muss jedoch auf solche Fristen die Vorschrift des § 200 Abs. 1 zur Anwendung kommen und müssen derartige Fristen ebenso wie Monatsfristen an dem Tage endigen, dessen Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat. Sollte eine richterliche Frist nach Bruchtheilen (½, ¼ u. s. w.) eines Jahres bestimmt worden sein so ist die Frist ebenso zu berechnen als ob sie nach Monaten bestimmt worden wäre also eine Frist von sechs oder drei Monaten u. s. w. anzunehmen. Durch die Gerichtsferien wird der Lauf der Frist in den §§ 212 Abs. 3, 549 Abs. 2, 580 Abs. 2 und 835 Abs. 2 nicht unterbrochen. (Bem. 1 zu § 201.) Ebenso findet bei denselben § 202 keine Anwendung. (Bem. zu diesem §.)

§ 201.

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 174; Puchelt I S. 481; Uebel I S. 189; Kleiner I S. 644; Gaupp I S. 509. A. M. sind Siebenhaar S. 219 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 245.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.

(E. § 194. M. 457. K. 74, 123 ff., 534.)

1) Nach den Vorschriften des § kommt die Zeit vom 15. Juli bis 15. September incl. — auch dieser Tag gehört noch zu den Ferien — für die gewöhnlichen Fristen nicht in Betracht. Würde eine Frist ohne die Bestimmungen des § in den Ferien zu laufen anfangen so beginnt sie erst mit dem 16. September und hat sie schon vorher ihren Lauf begonnen so wird dieser durch die Ferien derart unterbrochen, dass der am 14. Juli noch nicht abgelaufene Theil derselben erst am 16. September wieder zu laufen beginnt. Neben den Vorschriften des § 201 bleiben die Bestimmungen der §§ 199 und 200 in Kraft so dass z. B. wenn das den Beginn der Frist bestimmende Urtheil am 14. Juli verkündet oder zugestellt wurde die nach Tagen bestimmte Frist erst am 16. September zu laufen beginnt und wenn durch den Einfluss der Gerichtsferien das Ende der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt die Frist erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktags endigt. Dass der Anfang der Frist bezw. der erste Tag nach den Ferien auf einen Sonntag oder Feiertag fällt, ist ohne Bedeutung. Für Wochen- und Monatsfristen, welche schon vor Beginn der Ferien ihren Lauf begonnen haben, führt die Anwendung des § 201 zu dem Ergebniss, dass die Frist nicht an einem Tage endigen muss, der durch seine Benennung bezw. Zahl dem Tage entspricht, an dem die Frist begonnen hat. Um dem § 200 zu genügen, muss man berechnen, an welchem Tage der Ferien die Frist endigen würde und dadurch die Zahl der Tage bestimmen, welche nach Eintritt der Unterbrechung noch zu laufen haben. Dieser noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem 16. September wieder seinen Lauf. Auch auf Fristen, welche nach Stunden bestimmt sind, muss Abs. 1 Anwendung finden. [1]) Dagegen wird der Lauf der in den §§ 212 Abs. 3, 549 Abs. 2, 835 Abs. 2 vorgesehenen Fristen durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen. Auch wenn man dieselben nicht für civilrechtliche Verjährungsfristen sondern für Präklusivzeiträume für die Geltendmachung neuer Rechtsbehelfe hält, muss man dies anerkennen, denn es handelt sich in § 201 um Fristen in einem anhängigen Verfahren, während die in Frage stehenden Fristen die Zulässigkeit eines neuen Verfahrens regeln. [2])

2) Auf Nothfristen und auf Fristen in Feriensachen findet die Vorschrift des Abs. 1 keine Anwendung. Der Lauf dieser Fristen beginnt also während der Ferien wenn innerhalb derselben das Urtheil zugestellt wird und erleidet durch diese keine Unterbrechung. Ein zu § 202 G.-V.-G. gestellter Antrag, nach

[1]) V. Eccius in Gruchot's Beiträgen Bd. 23 N. F. Bd. III. S. 739; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 246. A. M. ist Fitting Arch. für civ. Praxis Bd. 61 S. 417 ff.

[2]) Die Unanwendbarkeit der §§ 201 und 202 auf die in Frage stehenden Fristen wird jetzt allgemein, wenn auch mit verschiedener Begründung anerkannt. V. Fitting im Archiv für civ. Pr. Bd. 61 S. 417 ff. und Lehrb. S. 113; Eccius in Gruchot's Beitr. Bd. 23 (N. F. Bd. III) S. 739; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 175; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 345, 346; von Sarwey I S. 296; Gaupp I S. 515, 516; von Bülow S. 126.

welchem die Fristen zur Einlegung der Berufung und Revision durch die Ferien gehemmt werden sollten, wurde von der J.-K. abgelehnt. (V. Pr. zum G.-V.-G. S. 695 ff.) Bezüglich der Nothfristen gibt die C.-P.-O. keine Definition. Desshalb wurde hier wo dieselben zum ersten Male im Gesetz erwähnt werden vorgeschrieben, dass nur diejenigen Fristen als Nothfristen gelten, welche die C.-P.-O. als solche bezeichnet. (Bem. I. 1 zu § 198.) Von den anderen Fristen unterscheiden sich dieselben hauptsächlich dadurch, dass sie nicht durch Vereinbarung verlängert oder abgekürzt werden können (§ 201 Abs. 1), dass aber mit Rücksicht darauf gegen dieselben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattfindet (§§ 211 und 213). Zu den Feriensachen gehören nicht bloss die Sachen, welche vom Gesetz (§ 201 Abs. 1 G.-V.-G.) als solche bezeichnet sind sondern auch diejenigen Sachen, welche das Gericht bezw. der Vorsitzende (nach Abs. 2 dieses §) als dringlich und dadurch zu Feriensachen erklärt hat. Erfolgt diese Bezeichnung innerhalb der Ferien so wird der Unterbrechung des Fristenlaufs erst dadurch ein Ende gemacht, dass die betr. Verfügung dem Gegner zugestellt wurde. Wird die von dem Vorsitzenden ergangene Verfügung vom Gericht aufgehoben (§ 201 G.-V.-G. Abs. 2) so wird derselben damit die Wirkung entzogen und ist die betr. Frist ebenso zu berechnen als ob die Sache nie als Feriensache bezeichnet worden wäre. Nach § 204 G.-V.-G. sind die Ferien auch auf das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren und das Konkursverfahren ohne Einfluss. Die Klagefrist des § 637 ist keine Frist im Mahnverfahren sondern bezieht sich auf die Klage, welche vor dem Landgericht erhoben werden soll. Auf sie muss desshalb § 201 Anwendung finden. [1])

§ 202.

Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein Anderes bestimmt ist.

§ 203.

Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 246.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

§ 204.

Einlassungsfristen, Ladungsfristen, sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.

(E. §§ 195–197. M. 457. K. 75, 534 ff.)

I. Vereinbarung bezüglich der Fristen. (§ 202 Abs. 1.)

1) Die Dauer der Fristen unterliegt in der Regel dem freien Verfügungsrechte der Parteien, welche dieselben nach ihrem Belieben verlängern oder abkürzen können. Ja das Recht der Vereinbarung erstreckt sich auch auf diejenigen gesetzlichen Fristen, welche nach Abs. 2 vom Richter nicht abgeändert werden dürfen. Die Befugnisse der Parteien gehen also weiter als die des Gerichts. Nur die Nothfristen (v. Bem. I. 1. Z. 4 zu § 198 und Bem. 3 zu § 201), welche als ein Gegenstand der öffentlichen Ordnung unabänderlich sein sollen (M. 477), können durch Vereinbarung so wenig wie durch richterliche Verfügung verlängert oder abgekürzt werden. Auch steht denselben, soweit es sich um die Verlängerung handelt, die in § 212 Abs. 1 festgesetzte Frist gleich. (§ 212 Abs. 2.) Auf die in der C.-P.-O. vorgesehenen Jahresfristen finden die §§ 202 und 203 sowenig Anwendung wie § 201. (Bem. zu diesem §.)

2) Aus der Vorschrift des § ergibt sich, dass jede Verabredung über die Verlängerung der Nothfrist oder darüber, dass das betr. Urtheil vorerst nicht zugestellt werden dürfe, unwirksam ist und die verspätete Einlegung eines Rechtsmittels ungeachtet derselben zurückgewiesen werden muss (§§ 306, 497, 529). Ebenso ist eine etwaige Vereinbarung über die Abkürzung einer Nothfrist ohne Wirkung und ist ungeachtet derselben ein innerhalb der gesetzlichen Frist ein-

gelegtes Rechtsmittel als zulässig anzusehen. [1]) Ein Antrag, die Worte „mit Ausnahme der Nothfristen" zu streichen, wurde von der J.-K. (75) abgelehnt.

3) Eine besondere Form der Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben. Dieselbe kann sowohl mündlich als schriftlich erfolgen. Auch durch stillschweigende Vereinbarung können Fristen verlängert oder abgekürzt werden. Diese ist anzunehmen wenn eine Partei, welche vor Ablauf der ihr zustehenden Frist zur Vornahme einer bestimmten Handlung aufgefordert wurde oder deren Gegner erst nach Ablauf der Frist diese Handlung vornahm, mündlich verhandelt hat ohne eine Einwendung zu erheben. (V. §§ 39 und 267.) Dass die Prozessbevollmächtigten zu Vereinbarungen über die Dauer der Fristen berechtigt sind und die Entziehung dieser Befugniss dem Gegner gegenüber unwirksam ist, ergibt sich aus den §§ 77 und 79.

II. Abänderung der Fristen durch das Gericht. (§§ 202 Abs. 2 und 3, 203 und 204.)

1) Die Abänderung der richterlichen Fristen kann (nach § 202 Abs. 2) regelmässig, die der gesetzlichen Fristen nur in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen durch das Gericht erfolgen. Jedoch wird in allen Fällen hiezu der Antrag einer Partei vorausgesetzt. Von Amtswegen können Termine verlegt werden (§ 206); dagegen kann die Verlängerung oder Abkürzung von Fristen in dieser Weise nicht erfolgen. Das Gesuch um Verlängerung einer Frist muss vor Ablauf derselben angebracht, es kann die Verlängerung aber, wenn dies geschehen, auch nach dem Ablauf der Frist bewilligt werden. [2]) Durch § 204 ist die Abkürzung der Einlassungsfristen und Ladungsfristen sowie derjenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind (§§ 244, 484 und 519), ausdrücklich zugelassen. Da diese Fristen als gesetzliche anzusehen sind (Bem. I. 2 zu § 198) wäre die Abkürzung ohne diese Vorschrift unstatthaft gewesen. Eine besondere Vorschrift über die Verlängerung der betr. Fristen war überflüssig da dieselben nur als Minimalfristen vorgesehen sind, der Termin also immer weiter hinausgesetzt werden kann ausserdem die Verlegung des Termins in der Befugniss des Gerichts steht. [3]) (§§ 205 und 206.) Die Vorschriften des § 204 sollen dem Verfahren eine solche Elastizität geben, dass die C.-P.-O. von der Aufstellung eines beschleunigten Verfahrens für bestimmte Kategorien von Sachen absehen und sich selbst für die summarische Prozedur im Urkunden- und Wechselprozesse auf die Anordnung einer kürzeren Einlassungsfrist für den Wechselprozess (§ 567 Abs. 2) beschränken konnte. (M. 457.)

2) Die Verlängerung wie die Abkürzung einer Frist setzt nach § 202 Abs. 2 voraus, dass erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind (§ 266), welche den Antrag rechtfertigen. Auch diese Glaubhaftmachung fällt aber weg wenn die

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 248. A. M. ist Siebenhaar S. 221.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 176; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 248; Gaupp I S. 518; Bolgiano S. 414.

[3]) V. auch Gaupp I S. 520 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 176. A. M. von Sarwey I S. 298 und 300.

Abkürzung auf Grund des § 204 verlangt wird. Es hat der Richter in diesem Falle ebenso wie in den Fällen der §§ 125 Abs. 2 und 189 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob die Abkürzung zu bewilligen ist. [1]) Dass die Abkürzung der Einlassungs- und Ladungsfristen nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann ist in § 204 Abs. 2 zur Beseitigung von Zweifeln ausgesprochen. (M. 457.) Diese Vorschrift schliesst aber eine Vertagung nicht aus falls die Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen war.

Für die Fälle, in denen es sich um ein Versäumnissurtheil handelt, ist durch § 302 ausdrücklich vorgesehen, dass das Gericht ein von dem Vorsitzenden bezüglich der Bemessung der Fristen begangenes Versehen verbessern kann; für andere Fälle ergibt sich dies aus den §§ 205 und 206.

3) Nach § 203 kann die einmalige Verlängerung einer Frist bewilligt werden ohne dass der Gegner darüber gehört wird, während derselbe gehört werden muss wenn es sich um eine Abkürzung oder eine wiederholte Verlängerung handelt und das Gesuch bewilligt werden soll. Die Abweisung des Gesuchs kann stets erfolgen ohne dass der Gegner gehört wird. Eine mündliche Verhandlung ist in keinem Falle erforderlich; vielmehr kann dem Gegner sofern er gehört werden muss auch Gelegenheit gegeben werden, sich schriftlich über das Gesuch zu äussern. Wird das Gesuch in einer mündlichen Verhandlung gestellt so wird der Gegner aufgefordert werden, sich sofort darüber zu erklären. Da das Gesetz in § 203 nur von richterlichen Verlängerungen handelt, ist die Anhörung des Gegners bei der ersten derartigen Verlängerung auch dann nicht erforderlich wenn die betr. Frist vorher schon durch Vereinbarung verlängert wurde. Abs. 2 handelt ebenso wie die Abs. 1 und 3 nur von der richterlichen Abkürzung oder Verlängerung der Fristen. [2]) Die in § 204 vorgesehene Abkürzung kann nach Abs. 3 unter allen Umständen ohne vorgängiges Gehör des Gegners erfolgen.

4) Das Gesuch um Abänderung einer Frist kann sowohl schriftlich als gelegentlich einer stattfindenden Verhandlung mündlich und im Verfahren vor den Amtsgerichten auch zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Im Anwaltsprozess muss dasselbe von einem Rechtsanwalt eingereicht werden. (Bem. II zu § 74.)[3]) In der Regel hat über dasselbe das Gericht zu entscheiden. Nur in denjenigen Fällen, in denen gleichzeitig mit der Terminsbestimmung eine Abkürzung der Fristen nachgesucht wird steht die vorläufige Entscheidung dem Vorsitzenden zu. In diesem Falle ist dessen Verfügung mit der Vorladung abschriftlich mitzutheilen und es kann falls die Mittheilung unterlassen wurde ein Versäumnissurtheil nicht erwirkt werden. Wenn keine mündliche Verhand-

[1]) V. auch: Puchelt I S. 488; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 177; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 250; Endemann I S. 601; Gaupp I S. 520; von Bülow S. 129. A. M. ist Seuffert S. 212.

[2]) V. auch von Sarwey I S. 299. A. M. sind: Seuffert S. 211; Gaupp I S. 519. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 249.

[3]) V. auch Seuffert S. 210; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 176; Gaupp I S. 519. A. M. sind: Hellmann I S. 564; Bolgiano S. 412.

lung also auch keine Verkündung des Beschlusses stattgefunden hat, so ist derselbe dem Gegner zuzustellen. (§ 294 Abs. 3.)

5) Die Vorschrift des § 203, nach welcher der die Verlängerung einer Frist ablehnende Beschluss nicht angefochten werden kann, schliesst nicht nur die Beschwerde sondern (§ 473) auch die Anfechtung mittelst Berufung gegen das Endurtheil aus. Der Beschluss, durch welchen ein Gesuch um Abkürzung einer Frist zurückgewiesen wird, kann (nach § 530) durch einfache Beschwerde angefochten werden, da das Gesuch das Verfahren betrifft und die Entscheidung (nach § 203 Abs. 1) ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann. Wird das Gesuch um Verlängerung oder Abkürzung bewilligt, so findet (nach § 530) keine Beschwerde statt. Es kann der Beschluss aber mit dem Endurtheil durch Berufung angegriffen werden. (§ 473.) Auch kann in einer grundlosen und übermässigen Verlängerung eine Justizverzögerung liegen, welche eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde rechtfertigt.

6) Wird eine Frist durch das Gericht verlängert so schliesst sich, wie es der Begriff der „Verlängerung" mit sich bringt, die neue Frist wenn nichts Anderes verfügt wurde unmittelbar an die schon vorher bestehende an und beginnt erst nach deren Ablauf. (§ 202 Abs. 3). Es ist also nicht anzunehmen, dass das Gericht unter Aufhebung der bereits laufenden eine neue Frist bewilligen wollte. Die Dauer der Verlängerung hat das Gericht ausdrücklich zu bestimmen. Sollte dies unterlassen worden sein so ist wenn nicht die Umstände den Willen des Gerichts bestimmt erkennen lassen eine Erläuterung des Beschlusses nachzusuchen.

§ 205.

Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

§ 206.

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

(E. §§ 198 u. 199. M. 457. K. 75.)

I. Aufhebung der Termine durch Vereinbarung.

Die Parteien haben die unbeschränkte Befugniss, jeden gerichtlich anberaumten Termin aufzuheben. Sie können von diesem Recht sowohl vor dem zur Verhandlung festgesetzten Tage als im Termine selbst Gebrauch machen. Ihr

Recht beschränkt sich aber auf die Aufhebung. Den Tag auf welchen der Termin zu verlegen ist, haben nicht die Parteien zu bestimmen. (M. 457.)

Eine bestimmte Form ist für die Vereinbarung nicht vorgeschrieben. Der Wille der Parteien kann desshalb mündlich wie schriftlich festgestellt werden und auch in schlüssigen Handlungen Ausdruck finden. Auch dem Gerichte gegenüber wird derselbe regelmässig wirksam falls über die Absicht der Parteien kein Zweifel besteht. Es ist jedoch unter allen Umständen angemessen, dass dem Vorsitzenden möglichst früh von der getroffenen Vereinbarung Mittheilung gemacht werde. Wenn ein Termin zur mündlichen Verhandlung in Frage steht so wird die Vereinbarung schon dadurch wirksam, dass die Parteien im Termin nicht erschienen während, wenn es sich um eine Beweisaufnahme handelt von der Vereinbarung dem Gerichte bezw. dem beauftragten oder ersuchten Richter Mittheilung gemacht werden muss, damit dieselbe wirksam werden soll. (V. §§ 332, 456, 485 u. s. w. Vorbem. 1 zu Titel 2 und Bem. zu § 228.) Dass die Parteien auch zur Aufhebung der zur Beweisaufnahme bestimmten Termine befugt sind, ist sowohl nach der allgemeinen Fassung des § 205 Abs. 1 als nach der Vorschrift des § 228 Abs. 1 unzweifelhaft. In dem Rechte, das Verfahren ruhen zu lassen, ist die Befugniss zur Aufhebung der anberaumten Termine enthalten.

II. Verlegung der Termine durch das Gericht.

1) Das Gericht kann auf Antrag einer Partei jederzeit einen anberaumten Termin verlegen und es finden wenn ein solches Gesuch gestellt wird die Vorschriften der §§ 202 und 203 über die Verlängerung von Fristen sowohl bezüglich der Begründung desselben als bezüglich des Verfahrens entsprechende Anwendung. Die Vorschrift des § 205 Abs. 2 kann nur in dem Fall zur Anwendung kommen wenn der Termin auf einen späteren Zeitpunkt verlegt wird. [1]) Soll die Verlegung auf einen früheren Zeitpunkt stattfinden so kommt § 203 Abs. 2 in Verbindung mit § 206 zur Anwendung. Eine wiederholte Verlegung liegt auch hier nur vor wenn das Gericht schon eine solche bewilligt hatte nicht wenn schon einmal die Aufhebung eines Termins vereinbart worden war. (V. Bem. II. 3 zu §§ 202 und ff.)

Die Vorschrift des § 205 Abs. 2 handelt bloss von dem vor Eintritt des Termins gestellten Gesuch um anderweitige Bestimmung desselben. Wird im Termin selbst eine Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung beantragt (v. Bem. 2), so kommen nicht die Vorschriften des § 203 zur Anwendung sondern es ist über den Antrag mündlich zu verhandeln und nach Anhörung beider Parteien zu entscheiden. [2])

2) Auch wenn keine Partei eine Aufhebung des Termins beantragt hat, kann das Gericht nach § 206 von Amtswegen den festgesetzten Termin schon vor Eintritt desselben auf eine frühere oder spätere Sitzung verlegen oder im

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 178; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 251; Puchelt I S. 489; von Sarwey I S. 303; Gaupp I S. 523; Bolgiano S. 413. A. M. sind: Seuffert S. 214; Hellmann I S. 568; Kleiner I S. 656.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 178; Wilmowski-Levy II Aufl. S. 251; Seuffert S. 214; Puchelt Bd. I S. 489; Bolgiano S 411.

Termin selbst die Verhandlung in eine andere Sitzung vertagen oder dieselbe unterbrechen und einen anderen Termin zu deren Fortsetzung bestimmen. Auch kann dies da es sich um eine prozessleitende Verfügung handelt geschehen ohne dass eine mündliche Verhandlung stattfindet ja ohne dass die Parteien überhaupt gehört werden. Wird der betr. Beschluss in einer zur Verhandlung bestimmten Sitzung erlassen, so kann derselbe wenn auch nur eine der Parteien anwesend ist in wirksamer Weise verkündet werden und es ersetzt die Verkündung die Ladung zum neuen Termin (§§ 195 und 283). Wenn eine Verkündung nicht möglich ist, so muss der Beschluss (nach § 294 Abs. 3) den Parteien von Amtswegen zugestellt werden. Ist in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin keine der Parteien erschienen so ist da in diesem Falle das Verfahren (nach § 228 Abs. 2) ruht die Anberaumung eines neuen Termins ebenso wie eine Verhandlung in der Sache ausgeschlossen. Es kann vielmehr eine Terminsbestimmung in diesem Fall nur dann erfolgen wenn eine Partei die Sache betreiben will und um Festsetzung eines neuen Termins nachsucht. Die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung tritt ein wenn verhandelt wurde und das Verhandelte nicht wiederholt sondern als Theil der Gesammtverhandlung in Geltung bleiben soll. Dagegen muss wenn das Verfahren unterbrochen oder ausgesetzt war eine neue Verhandlung stattfinden. Bezüglich der Wiederaufnahme des Verfahrens kommt, auch wenn das Gericht die Aussetzung gemäss § 141 von Amtswegen wieder beseitigte, § 227 zur Anwendung. (V. die Erläut. zu § 141.) [1]) Wird die Verhandlung unterbrochen und ein Termin zur Fortsetzung derselben anberaumt so tritt keine der Folgen ein, die an den Schluss der Verhandlung geknüpft sind und es ist eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) nicht erforderlich. Da (nach § 280) nur diejenigen Richter bei der Urtheilsfällung mitwirken können, welche der dem Urtheil zu Grund liegenden Verhandlung beigewohnt haben, muss aber wenn das Gericht bei der fortgesetzten Verhandlung anders besetzt sein sollte die ganze Verhandlung wiederholt werden.

3) Dass über die Frage, ob ein Termin verlegt bezw. die Verhandlung vertagt oder unterbrochen werden soll, nicht der Vorsitzende sondern das Gericht zu entscheiden hat, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes wie aus der Natur der Sache. [2]) Dagegen ist die Bestimmung des neuen Termins Sache des Vorsitzenden, dem die Terminsbestimmung bezüglich der neu eingeleiteten Prozesse zugewiesen ist und der die ihm zugewiesene Aufgabe nicht erledigen könnte wenn er nicht alle Termine festzusetzen hätte. (V. §§ 127, 193 und 326.) Dass der Vorsitzende auch im Falle einer Verlegung des Termins und der Vertagung den neuen Termin festzusetzen hat ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich

[1]) V. dag. Gaupp I S. 525 ff.

[2]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 252; von Sarwey I S. 304; Fitting § 36 Anm. 7 S. 115. A. M. sind Struckmann und Koch III. Aufl. S. 178; Bolgiano S. 414 und soweit die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung in Frage steht, auch Gaupp I S. 525. Im Sinne von Struckmann-Koch entschied das O.-L.-G. Stuttgart 22. Juni 81 (Würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 227.)

bemerkt; es folgt dies aber aus dem den angeführten §§ zu Grund liegenden Prinzipe. Dass das Gericht den neuen Termin zu bestimmen habe, ist nirgends gesagt. [1]) Die Verlegung des Termins auf einen früheren Zeitpunkt kann von Amtswegen erfolgen soweit dieselbe eine Abkürzung der Einlassungs- oder Ladungsfrist nicht bedingt. Anderen Falles ist nach § 202 Abs. 2 der Antrag einer Partei auf Abkürzung der Frist erforderlich. [2]) Gegen einen auf Grund des § 206 erlassenen Beschluss findet keine Beschwerde statt, da derselbe zwar eine mündliche Verhandlung nicht erforderte aber ein Gesuch nicht zurückgewiesen wurde. (§ 530.) [3])

§ 207.

Die in diesem Titel dem Gericht und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

(E. § 200. M. — K. 57.)

Dass dem beauftragten und ersuchten Richter bezüglich der von ihm zu bestimmenden Termine und Fristen dieselben Befugnisse zugewiesen wurden, welche sonst dem Gerichte und dem Vorsitzenden zustehen, erklärt sich aus den praktischen Bedürfnissen. Derselbe hat übrigens nicht immer die Termine festzusetzen. Vielmehr schreibt § 326 vor, dass falls die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozessgerichts erfolgen soll der Termin für dieselbe vom Vorsitzenden bestimmt wird. Eine Aenderung der vom beauftragten oder ersuchten Richter getroffenen Verfügungen ist nach § 539 zunächst bei dem Prozessgerichte nachzusuchen, gegen dessen Entscheidung Beschwerde stattfindet.

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

(§§ 208—216.)

Vorbemerkungen.

1) Einen Einlassungszwang oder eine Einlassungspflicht als Rechtspflicht kennt die C.-P.-O. nicht; sie verlangt weder, damit das Gericht in die Lage

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 178; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 252; Gaupp I S. 524; Fitting a. a. O.; Bolgiano S. 414. A. M. ist von Sarwey I S. 304, 305.

[2]) A. M. ist Gaupp I S. 525.

[3]) V. Seuffert S. 215; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 179; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 251; Bolgiano S. 410, 414. A. M. ist Uebel I S. 192.

kommt, zu entscheiden das Eintreten des Beklagten in den Prozess noch wird dieses im Falle des Ausbleibens fingirt. Dem Beklagten wird Gelegenheit zur Vertheidigung insbesondere zur Theilnahme an der mündlichen Verhandlung gegeben; es bleibt aber dessen freiem Willen überlassen ob er von derselben Gebrauch machen will oder nicht. Entscheidet er sich für das Letztere so wird auf einseitigen Vortrag des Klägers entschieden. Der Beklagte wird nicht in den Prozess hineingezwungen. Es ist vielmehr für die zahlreichen Fälle, in denen er nicht eintreten will, ausser dem gewöhnlichen noch ein besonderes Versäumnissverfahren (das Mahnverfahren) mit erleichterten Formen vorgesehen.[1]) Ungeachtet dieser Auffassung bedurfte man natürlich besonderer Vorschriften über die Versäumung, da der auf die Ladung hin ausgebliebene Verklagte nachträglich in den Prozess eintreten kann und ausserdem für die Vornahme der einzelnen Prozesshandlungen bestimmte Termine oder Fristen vorgesehen sind, welche auch von demjenigen Verklagten, der sich vertheidigen will und ebenso vom Kläger versäumt werden können.

2) Das System der C.-P.-O. hinsichtlich der im Falle einer Versäumung (im weitesten Sinne des Worts) insbesondere der Unterlassung einer vorgeschriebenen Prozesshandlung oder Nichteinhaltung einer Frist eintretenden Folgen schliesst sich im Wesentlichen an dasjenige des hannöv. und nordd. Entwurfs an. Die Grundsätze, von denen dieselbe ausgeht, lassen sich in folgender Weise zusammenfassen:

a. Alle Termine und Fristen haben peremtorische Natur, so dass — von wenigen Ausnahmen (§§ 316 ff., 578, 611) abgesehen — schon auf die erste Ladung hin ein Versäumnissurtheil ergehen kann;

b. die Nothwendigkeit der Androhung der Versäumnissfolgen ist beseitigt;

c. ein besonderer Antrag des Gegners wird zum Eintritte der Rechtsnachtheile der Versäumung regelmässig nicht erfordert und wo er durch besondere Gesetzesvorschrift für nothwendig erklärt ist wird die Nachholung des Versäumten bis zum Schlusse der Verhandlung über diesen Antrag zugelassen;

d. abgesehen hievon findet die Aufhebung der Folgen der Versäumung durch Nachholen des Versäumten oder auf dem Wege eines selbständigen Rechtsbehelfes nur da statt wo das Gesetz dieselbe besonders zulässt. Die Wiedereinsetzung gegen Fristenablauf und unvollständiges Handeln innerhalb der Verhandlung ist im Grundsatz beseitigt. Das Gesetz lässt jedoch die Aufhebung der Versäumnissfolgen zu:

aa. allgemein gegen Versäumung von Verhandlungsterminen und das daraufhin ergangene Versäumnissurtheil mittelst Einspruchs;

1) V. auch: Bülow im Archiv für civilist. Praxis Bd. 62 S. 11 ff; Schultze: Das deutsche Konkursrecht in seinen jurist. Grundlagen S. 145 ff.; Kohler in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 22 S. 359 ff. und die Bemerkungen des Verfassers in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess J. III S. 221 ff., 257 ff. und 261. Die entgegengesetzte Auffassung wird hauptsächlich vertreten von Degenkolb in der Schrift „Einlassungszwang und Urtheilsnorm", und von Wach. V. dessen Vorträge S. 112 ff. und die Abhandl. in Grünhut's Zeitschr. Bd. VI. S. 517 ff. und 593 ff., ferner dessen Abhandlung im Archiv für civilist. Praxis Bd. 62 S. 373 ff. insbes. S. 388 ff.)

bb. ausnahmsweise gegen unvollständiges Handeln im Termine aus besonderen Gründen und so lange noch nicht endlich erkannt ist, mittels Nachholung;

cc. gegen Versäumung von Nothfristen im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. (M. 457 ff.)

3) Bei Würdigung des von der C.-P.-O. eingehaltenen Systems kommt in Betracht, dass im Falle vollständiger Versäumung des Verhandlungstermins das ergangene Versäumnissurtheil ohne Weiteres d. h. ohne dass ein Entschuldigungsgrund geltend gemacht werden muss durch Einspruch beseitigt werden kann. (§§ 303 ff.) Ausserdem fällt ins Gewicht, dass die mündliche Verhandlung auch wenn sie auf mehrere einzelne Termine vertheilt wurde bis zum Erlass des Endurtheils ein Ganzes bildet und neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel wie neue Beweismittel in der Regel bis zum Schlusse der Verhandlung geltend gemacht werden können, auch deren Nachholung in der Berufungsinstanz gestattet ist. (V. Bem. 4 zu § 119 und §§ 251, 256, 491.) Berücksichtigt man noch, dass der zur Verhandlung festgesetzte Termin unter allen Umständen verlegt werden kann und dass die Prozessfristen in der Regel verlängert werden können, gegen die Versäumung von Nothfristen aber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingeräumt ist, so ergibt sich, dass die Wahrung des materiellen Rechts in jeder Weise erleichtert ist und es nur in Fällen der gröbsten Nachlässigkeit vorkommen wird, dass lediglich wegen Nichtbeachtung einer prozessualen Vorschrift ein an sich berechtigter Anspruch zurückgewiesen oder ein unberechtigter anerkannt werden muss. Auf der anderen Seite fehlt es auch nicht an Mitteln, um absichtlichen Prozessverschleppungen entgegenzutreten. Falls eine Partei es zu einem Versäumnissurtheil kommen lässt so hat sie die durch ihre Versäumniss entstandenen Kosten nach § 309 in der Regel auch dann zu tragen wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen worden ist. Wurde durch das Verschulden einer Partei die Verlegung eines Termins oder eine Vertagung oder eine neue Verhandlung erforderlich, so hat diese und unter Umständen ihr Vertreter ebenfalls eine Verurtheilung zur Zahlung von Prozesskosten zu erwarten. (§§ 90, 97, 251 Abs. 2 und 256 Abs. 2 C.-P.-O. (§ 48 G.-K.-G.) Ja es können solche Vertheidigungsmittel, die der Beklagte schuldhafter Weise erst nachträglich vorbringt (nach § 252) zurückgewiesen werden, was freilich deren Geltendmachung in der Berufungsinstanz (nach § 491) nicht ausschliesst also in der Regel auch nur Verurtheilung zu Prozesskosten zur Folge haben wird (§ 92 Abs. 2).

3) Die Vorschriften, durch welche die dargelegten Grundsätze verwirklicht werden sollen, haben nicht alle in diesem Titel Platz gefunden. Vielmehr werden hier nur einige allgemeine Bestimmungen getroffen, welche den aufgestellten Sätzen entsprechen und die Stellung der Minderjährigen etc. sowie der Partei-Vertreter regeln. (§§ 208—210.) Sodann wird in den §§ 211—216 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Falle der Versäumung von Nothfristen geordnet. Das Versäumnissurtheil und der Einspruch werden im Anschluss an das Verfahren selbst geregelt (§§ 295 ff., 485 u. 504, 520 und 529). Die Vorschriften über die Aufhebung der Versäumnissfolgen durch Nachholen der versäumten Handlung (morae purgatio) sind im ganzen Gesetzbuch zerstreut. (V. §§ 44 Abs. 4, 247 Abs. 2, 319 Abs. 2, 332 Abs. 2, 339, 367, 398, 490, 869).

§ 208.

Die Versäumung einer Prozesshandlung hat zur allgemeinen Folge, dass die Partei mit der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen wird.

(E. § 201. M. 459. K. 75.)

1) Als allgemeine Folge der Versäumung einer Prozesshandlung wird durch § 208 der Ausschluss mit derjenigen Prozesshandlung bezeichnet, welche die säumige Partei in dem anberaumten Verhandlungstermine oder innerhalb der ihr gesetzten Frist vorzunehmen hatte z. B. mit dem Vorbringen einer bestimmten Einrede, der Einlegung eines Rechtsmittels u. s. w. Diese „in abstracto" ausgesprochene Folge (M. 459) tritt nur dann ein wenn im einzelnen Falle nichts Anderes im Gesetz bestimmt ist. Jedoch hat die säumige Partei in der Regel auch die durch die Versäumung entstandenen Kosten zu tragen. (§§ 90, 216 Abs. 3, 309.) Wann eine Versäumung vorliegt, ergibt sich aus den besonderen Vorschriften des Gesetzbuchs. Die Verweigerung der Vornahme einer Handlung ist als Versäumung anfzufassen. (M. 459.)

2) Die besonderen Folgen der Versäumung sind im Gesetze in verschiedener Weise geregelt. Sie bestehen bald in der Annahme eines Zugeständnisses (§§ 129, 296) oder der Anerkennung einer Urkunde (§§ 392, 404) oder der Genehmigung (§ 81); bald in der Annahme eines Verzichts auf das Klagerecht (§ 295) oder der Verweigerung eines Eides (§§ 417, 429, 430.) (M. 459.) Diese Beispiele sind jedoch nicht erschöpfend; vielmehr enthält die C.-P.-O. noch eine Menge derartiger Bestimmungen. Auch Geldstrafe und Haft können als Folge des Ungehorsams gegen eine richterliche Vorladung eintreten. (§§ 579 Abs. 3 und 782.)

§ 209.

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozesshandlung nachgeholt werden.

(E. § 202. M. 459. K. 75.)

1) Nach Abs. 1 des § bedarf es in der Regel weder bezüglich der allgemeinen noch hinsichtlich der besonderen Versäumnissfolgen einer vorgängigen Androhung durch den Gegner oder den Richter. Vielmehr genügt zum Eintritt derselben die Thatsache der Versäumung. Das Gesetz, nicht der Richter sagt den Parteien, welche Handlungen sie vorzunehmen und welche Nachtheile

sie im Falle der Zuwiderhandlung zu erwarten haben. Nur im Zahlungsbefehl (§ 632) und bei öffentlichen Aufgeboten (§§ 824 Z. 3 und 841) ist die Androhung des Versäumungsnachtheils ausnahmsweise erforderlich. Auch im Falle des § 632 handelt es sich um die Versäumung einer Prozesshandlung (des Widerspruchs).[1])

2) Eine zweite im Abs. 1 enthaltene Regel ist die, dass die gesetzlichen Versäumnissfolgen sofern nichts Anderes bestimmt ist von selbst eintreten. Zur Verwirklichung derselben ist in der Regel weder ein Antrag noch eine den Nachtheil besonders aussprechende richterliche Verfügung erforderlich. (M. a. a. O.) Diese letztere wird jedoch für die hauptsächlichste Versäumniss nämlich für die der mündlichen Verhandlung erfordert. Auch wird wo ein Versäumnissurtheil zum Eintritt der Versäumnissfolgen nothwendig ist regelmässig ein Antrag vorausgesetzt, damit dasselbe erlassen werden kann. (V. §§ 144, 217 Abs. 4, 223 Abs. 2, 295 ff., 312, 318 Abs. 2, 430, 504, 529, 563 Abs. 3, 578 Abs. 4, 611, 620, 626, 639, 767.)

3) Aus der Nothwendigkeit des Antrags ergibt sich von selbst, dass bis zum Antrage die Möglichkeit offen bleibt, das Versäumte nachzuholen. Die C.-P.-O. gestattet die Nachholung sogar bis zum Schlusse der Verhandlung über den gestellten Antrag (§§ 127, 634, 828), was sich im Hinblick auf die überwiegend in Betracht kommende Versäumung von Terminen schon aus § 197 Abs. 2 als nothwendig ergab. Unter dem Antrag auf Verwirklichung des prozessualischen Nachtheils ist wo nicht etwas Anderes vorgeschrieben ist nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht der in schriftlichen Eingaben gestellte Antrag zu verstehen. (V. h. Pr. Bd. 16 S. 6240; M. S. 459.)

§ 210.

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

(E. § 203. M. 459 u. 460. K. 75.)

1) Da die C.-P.-O. die Aufhebung der Versäumnissfolgen insbesondere die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in erschöpfender Weise regelt und nirgends auf die landesgesetzlichen Vorschriften verweist oder solche aufrecht erhält versteht es sich eigentlich von selbst, dass alle Bestimmungen über die „prozessualische Restitution“ aufgehoben sind. (M. 459.) Zur Vermeidung etwaiger Zweifel wird jedoch in Abs. 1 des § bestimmt, dass eine solche

[1]) V. von Bülow S. 132; Wilmowski-Levy II S. 254. A. M. sind Endemann I S. 611 und Struckmann-Koch III. Aufl. S. 181.

Aufhebung auf Grund der den Minderjährigen und der ihnen gleichgestellten Personen (Gemeinden, Kirchen, Stiftungen etc.) nicht stattfindet, also die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit soweit es sich um prozessualische Versäumungen handelt keine Anwendung finden. Dasselbe gilt von der prozessualischen Wiedereinsetzung, die sich auf andere Gründe (Abwesenheit, Irrthum etc.) stützt. [1]) Bezüglich aller prozessualischen Versäumnissfolgen ist lediglich die C.-P.-O. massgebend. Dagegen wird die restitutio in integrum soweit es sich um das bürgerliche Recht (Rechtsgeschäfte, Verjährung etc.) handelt, durch die Vorschrift des § nicht berührt.

2) Dass die sogen. „restitutio ex culpa procuratoris" soweit dieselbe bisher gestattet war aufgehoben ist, ergibt sich schon aus Bem. 1. Durch Abs. 2 wird die Beseitigung dieses Restitutionsgrundes ganz klar gestellt. Ferner wird durch dieselbe auch soweit die C.-P.-O. die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumniss zulässt, das Verschulden eines Vertreters der Partei von den Restitutionsgründen ausgeschlossen. Dieser Satz hat in dem in § 81 angenommenen Prinzip seinen Grund, dass die Handlungen und Unterlassungen des Vertreters als Handlungen und Unterlassungen der Partei gelten und die prozessualischen Verbindlichkeiten Beider für alle Regelfälle solidarisch sind. (M. 460.) Als „Vertreter" im Sinne des § erscheinen nicht bloss die „gesetzlichen Vertreter" (Bem. II zu § 50) sondern auch die Prozessbevollmächtigten und Geschäftsführer nach § 85. Das Verschulden einer ohne Vollmacht handelnden Person kann jedoch der Partei nur dann Nachtheil bringen wenn sie deren Geschäftsführung genehmigt, da sie in jedem Augenblick selbst in den Prozess eintreten und andernfalls die vorangegangenen Entscheidungen mittelst Rechtsmittels ja nöthigenfalls mit der Nichtigkeitsklage anfechten kann. (§§ 513 Z. 5 und 542 Z. 4.) Auch der Zustellungsbevollmächtigte ist, soweit es sich um Empfangnahme und Uebermittelung der Zustellungen handelt, als „Vertreter" der Partei anzusehen. Es kann sonach wenn durch dessen Verschulden die Partei nicht in den Besitz eines Schriftstücks gelangt daraus eine „unverschuldete" Versäumung nicht abgeleitet werden. Vielmehr ist die Partei auf die ihr zustehende Entschädigungsklage beschränkt. [2]) Dass eine unverschuldete Versäumung auch dann nicht vorliegt wenn die Partei selbst ein Verschulden trifft, ist selbstverständlich. Es genügt also nicht, dass der Vertreter bezw. Geschäftsführer ohne Schuld ist sondern es muss dargethan werden, dass weder der Partei selbst noch dem Vertreter, für den sie verantwortlich ist, ein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Hat die Partei die Handlungen des Geschäftsführers genehmigt, so muss sie auch die Folgen derselben tragen. [3])

[1]) V. auch: Seuffert S. 221; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 182; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 255; Gaupp I 530. A. M. ist Hellmann I S. 581.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 183; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 255; Seuffert S. 222; Puchelt I S. 498; Endemann I S. 614; Gaupp I S. 531. A. M. sind Hellmann I S. 581; Kleiner I S. 665.

[3]) A. M. ist theilweise Puchelt Bd. I S. 497.

§ 211.

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnissurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniss erlangt hat.

§ 212.

Die Wiedereinsetzung muss innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniss gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

§ 213.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muss innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden.

(E. §§ 204 und 205. M. 460. K. 65 ff., 75 ff., 112, 123 ff., 535 und 666. Sitzung vom 8. Nov. 1876 S. 1—3.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist als eine ausserordentliche Rechtshülfe gegen Fristenversäumung beibehalten worden soweit es sich um die Versäumung von Nothfristen handelt. Zur Rechtfertigung dieser Massregel wurde angeführt, dass die völlige Beseitigung dieser Rechtshülfe namentlich in den Ländern, in denen bisher eine mildere Uebung im Schwange war, als ungerechtfertigte Härte empfunden werden müsste. Auch wurde darauf hingewiesen: „dass in der C.-P.-O. die Nothfristen verkürzt sind, eine Androhung von Rechtsnachtheilen und Belehrung der Parteien über die zuständigen Rechtsmittel nicht stattfindet, die Zustellung der Urtheile der Zeit nach in der Hand der Partei, dem Modus nach in der Hand selbständiger, vom Gericht unabhängiger Vollstreckungsbeamten liegt, und die C.-P.-O. sich für eine Reihe von Fällen mit Ersatzzustellungen begnügen musste, welche nicht an die Partei selbst, sondern mit gleicher Wirkung an Bedienstete, Familienangehörige etc. geschehen.“ (M. 460.) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird gegen jede Nothfrist gewährt; nur der in § 211 Abs. 2 aufgestellte Grund bezieht sich bloss auf die Versäumung der Einspruchsfrist. Es findet aber auch nur gegen die Versäumung einer Nothfrist die Wiedereinsetzung statt. Namentlich ist gegen die Versäumung der Fristen, innerhalb deren die Wiedereinsetzung nachgesucht werden muss und die in Beziehung auf die Verlängerung durch die Parteien den Nothfristen (durch § 212 Abs. 2) gleichgestellt sind, eine Wiedereinsetzung nicht gestattet. Es gilt also der Satz: „restitutio restitutionis non datur.“ (M. 460.) Ein Antrag, auch gegen die Versäumung der in § 212 Abs. 1 vorgesehenen Frist die Wiedereinsetzung zu gewähren, wurde von der J.-K. (73) abgelehnt.

II. Gründe, welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen.

1) Wenn eine Partei „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle“ verhindert wurde, eine Nothfrist einzuhalten, muss ihr auf Verlangen immer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden. Der Ausdruck „unabwendbarer Zufall“ hat dieselbe Bedeutung wie die höhere Gewalt (vis major) in Art. 395 H.-G.-B. und in § 1 des Reichs-Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871. Durch die Beifügung des Beispiels „Naturereignisse“ soll der Rechtsprechung ein weiterer fester Anhalt gewährt werden. (M. 460.) Es genügt hienach zur Begründung eines Wiedereinsetzungs-Gesuchs nicht, dass der betr. Partei ein Verschulden nicht zur Last fällt sondern es muss ein zufälliges Ereigniss z. B. Krankheit nachgewiesen werden, welches die Einhaltung der Nothfrist unmöglich gemacht hat. Dass dieses Ereigniss auch dann die im § vorgesehene Wirkung hat wenn es lediglich durch Menschenhand herbeigeführt wurde, ist durch die Beifügung der Worte „oder anderer unabwendbarer Zufälle“ ausser Zweifel gestellt. Ob ein Zufall unabwendbar war, ist nicht nach einem absoluten Massstab sondern nach den besonderen Umständen des Falles zu beurtheilen. Es kommt wenn die Abwendung des Ereignisses unter gewissen Verhältnissen möglich war darauf an, ob die hiezu erforderlichen Massregeln zu dem zu erreichenden Erfolg in vernünftigem Verhältniss standen. Nur wenn dies der Fall ist, kann die Anwendung derselben verlangt werden. Im einzelnen Fall

wird hienach vorausgesetzt, dass das in Frage stehende Ereigniss durch die nach Lage des Falles gebotene Vorsicht nicht abgewandt werden konnte und dass es ebenso unmöglich war, die Folgen des Ereignisses durch Anwendung der geeigneten Mittel zu überwinden und die Nothfrist ungeachtet des Ereignisses einzuhalten. [1]) Auch besondere Unregelmässigkeiten im Postverkehr können als unabwendbarer Zufall im Sinne des § 211 erscheinen. [2]) Jedoch wird hier vorausgesetzt, dass die Partei keinerlei Verschulden trifft. Die Pflichtwidrigkeiten des Postboten fallen ebenso wie die des G.-V. oder Gerichtsdieners nicht unter § 211, sondern nur unter § 212. [3]) Uebrigens wird durch ein Ereigniss, das an sich unter die Vorschriften des § 211 Abs. 1 fällt, nicht bloss dann der Antrag auf Wiedereinsetzung gerechtfertigt wenn dadurch die Partei selbst oder ihr gesetzlicher Vertreter an der Vornahme der ihr obliegenden Handlungen gehindert wurde sondern auch dann wenn diese Verhinderung den Prozessbevollmächtigten, dem die Einlegung des Rechtsmittels übertragen war, oder eine andere zur Thätigkeit berufene Person traf. Nur darf der Grund nicht in dem Verschulden eines Vertreters liegen (§ 210 Abs. 2) und darf die Partei nicht in der Lage gewesen sein, die Folgen des Zufalls durch ihre Thätigkeit insbesondere durch Bestellung eines anderen Vertreters abzuwenden. [4]) Der Umstand, dass die Bewilligung des Armenrechts so spät erfolgte, dass ein Rechtsmittel nicht mehr innerhalb der Nothfrist eingelegt werden konnte, rechtfertigt die Wiedereinsetzung nicht wenn die Partei das Armenrechtsgesuch nicht zeitig genug einreichte. [5]) Auch ist ein Irrthum, der bei einer dieser Personen obwaltete, nicht schon dann als „unabwendbarer Zufall" anzusehen wenn er durch den Gegner hervorgerufen sein sollte also diesem ein dolus nachgewiesen werden kann.

2) Falls eine Partei von der Zustellung des gegen sie ergangenen Versäumnissurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniss erlangt und desshalb die Einspruchsfrist versäumt hat, so soll die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausnahmsweise auch dann bewilligt werden wenn die Ursache dieser Unkenntniss nicht in einem Naturereigniss oder einem anderen unabwendbaren

[1]) Bezüglich des Begriffs der „höheren Gewalt" sind zu vergleichen: Goldschmidt: das receptum nautarum, in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. III S. 58 ff. und 331 ff. insbes. S. 86—115; ferner die Urtheile des R.-O.-H.-G. vom 4. Mai 1871, 12. Nov. 1872 und 4. Febr. 1873 (Entscheid. Bd. II S. 247 ff. insbes. S. 259, Bd. VIII S. 27 ff. und 159 ff.); endlich Reichsgericht 14. März, 31. Mai und 28. Sept. 1880 Entscheid. Bd. II S. 224; Annalen Bd. II S. 505 ff.; jur. Zeitschrift für E.-L. Bd. V S. 289 u. 434.

[2]) V. Beschl. des O.-L.-G. Dresden vom 17. März 1880, Annalen I S. 554 ff. d. Juristenztg. J. IV S. 646.

[3]) V. O.-L.-G. Dresden 12. Juli 1880, Annalen I S. 1; d. Juristenzeitung Bd. V S. 70; f. Reichsgericht 5. Nov. 1880 Entscheid. II. S. 426.

[4]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 186; Seuffert S. 222; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 257; Endemann I S. 615, 616; Gaupp I S. 533; von Bülow S. 136; f. Reichsgericht 28. Sept. 1880, Entscheid. II. S. 424, und R.-G. 7. Jan. und 29. März 1881, Entsch. Bd. III S. 419 und 435 ff.

[5]) V. R.-G. 19. April 1881, jur. Wochenschrift J. 1881 S. 95 ff.

Zufall liegt und die Zustellung in gültiger Weise erfolgt ist. „Die Vorschrift ist durch die Erwägung hervorgerufen, dass nach dem angenommenen Zustellungssystem die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass die Partei weder die Zustellung der Klage noch die des Versäumnissurtheils rechtzeitig erfährt. Zugleich dient die Vorschrift zur Erledigung von Bedenken, welche in Betreff der Zustellung an Zustellungsbevollmächtigte und mittelst Aufgabe zur Post (§ 161) sich erheben lassen.“ (M. 460.) Der Umstand, dass die Partei durch die Zustellung nicht in den Besitz des Versäumnissurtheils gelangte, rechtfertigt an sich den Antrag auf Wiedereinsetzung nicht. Vielmehr ist diese auch dann ausgeschlossen wenn die Partei nur von der Thatsache, dass ihr ein Urtheil zugestellt wurde, rechtzeitig Kenntniss erhielt und in der Lage war, von demselben Einsicht zu nehmen. Andererseits kann der Umstand, dass die Partei noch innerhalb der Einspruchsfrist von der Zustellung Kenntniss erlangte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht ausschliessen wenn dies so spät geschah, dass die Erhebung des Einspruchs nicht mehr möglich war. [1]) Hat der Umstand, dass die Partei von der Zustellung des Versäumnissurtheils keine Kenntniss erhielt, in dem Verschulden eines Vertreters seinen Grund, dessen Versehen ihr zur Last fallen (§ 210 Abs. 2) so ist die Anwendung des § 211 Abs. 2 ausgeschlossen. (V. Bem. 2 zu § 210.)

3) Durch § 213, der von der J.-K. eingeschaltet wurde, wird die Wiedereinsetzung auch dann gestattet wenn die Partei oder deren Vertreter dem mit der Zustellung beauftragten Gerichtsvollzieher oder, falls die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers zulässig ist, diesem das zur Wahrung der Nothfrist zuzustellende Schriftstück spätestens am dritten Tag vor Ablauf dieser Frist übergeben und dadurch den an sie zu stellenden Anforderungen genügt hat. Dabei war die Erwägung entscheidend, dass die Partei genöthigt sei, sich zur Zustellung des Gerichtsvollziehers oder Gerichtsschreibers zu bedienen und desshalb, zumal sie diese Beamten nicht wie ihren Anwalt kontroliren könne, nicht unter deren Versehen leiden dürfe. (K. 165—69, 112, 123—125, 535, 566, und Sitzung vom 8. Nov. 1876 S. 2 u. 3.) Damit § 213 Anwendung finden kann, muss dem Gerichtsvollzieher bezw. dem Gerichtsschreiber das zuzustellende Schriftstück nebst den dazu gehörigen Abschriften, zu deren Anfertigung diese Beamten nicht verpflichtet sind (§ 155), am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist übergeben worden sein, so dass zwei volle Tage zur Bewirkung der Zustellung gegeben sind. [2]) Der Beweis der rechtzeitig erfolgten Uebergabe wird durch die nach § 155 auszustellende Bescheinigung geführt. Die Vorschrift des § 213 Abs. 1 muss übrigens auch dann Anwendung finden wenn eine Partei im Verfahren vor dem Amtsrichter gegen ein von diesem erlassenes Versäumnissurtheil Einspruch erhebt und diesen gemäss § 462 bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt,

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 184; Seuffert S. 223; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 257; Hellmann I S. 584.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 185; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 259; Seuffert S. 225; Hellmann I S. 587; Gaupp I S. 536. A. M. ist hinsichtlich der Abschriften von Sarwey I S. 315.

dem sie damit die Zustellung überlässt. Auch hier hat sie Alles gethan was in ihren Mitteln steht und darf nicht unter einem Versehen des Gerichtsschreibers leiden. Allerdings hätte für diesen Fall eine längere Frist festgesetzt werden sollen, allein dass dies nicht geschehen ist, kann der Partei nichts schaden. Auch wird die Frist bei gehörigem Eifer immerhin ausreichen. [1])

III. Fristen für die Beantragung der Wiedereinsetzung. (§§ 212 u. 213 Abs. 1.)

1) Falls die Wiedereinsetzung auf Grund des § 211 beansprucht wird muss sie innerhalb einer Frist von zwei Wochen beantragt werden, welche mit dem Tag beginnt, an welchem das in Frage stehende Hinderniss gehoben wurde. Die Frist fängt also zu laufen an sobald der unabwendbare Zufall zu wirken aufhörte bezw. die Partei von der Zustellung des Versäumnissurtheils Kenntniss erlangte oder ihre Unkenntniss aufhörte, eine unverschuldete zu sein. [2]) Diese Frist ist als Wochenfrist nach § 200 zu berechnen. Es muss also der Tag, an dem das Hinderniss gehoben wurde, mitgerechnet werden. Dagegen endigt die Frist wenn der letzte Tag auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages. (V. Bem. I. 3 zu §§ 199 ff.) Dass diese Frist durch die Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden darf, ist in § 212 Abs. 2 ausdrücklich gesagt. Da es sich um eine gesetzliche Frist handelt kann dieselbe aber auch durch den Richter nicht verlängert oder abgekürzt werden. (§ 202 Abs. 2.) Obgleich die Frist in Beziehung auf die Verlängerung den Nothfristen gleich steht, findet eine Wiedereinsetzung gegen deren Versäumung nicht statt. Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung selbst dann nicht mehr in wirksamer Weise beantragt werden wenn die zweiwöchige, zu deren Geltendmachung bestimmte, Frist noch nicht abgelaufen sein sollte. Auch diese Frist kann durch Vereinbarungen nicht verlängert werden. Sie fällt als Verjährungs- oder Präklusivfrist nicht unter die Vorschriften der §§ 201 und 202. (Bem. 1 zu § 201 und Bem. 1 zu § 226.) Auch trifft die Vorschrift des § 212 Abs. 2 offenbar alle Wiedereinsetzungsfristen und besteht das öffentliche Interesse, das diese Vorschrift veranlasste, bei dieser Jahresfrist in derselben Weise wie der zweiwöchigen Frist des Abs. 1. (M. a. a. O.) [3])

2) Die Wiedereinsetzung auf Grund des § 213 muss innerhalb einer Monatsfrist, welche nach Ablauf der versäumten Nothfrist zu laufen beginnt und nach § 200 zu berechnen ist, beantragt werden; es kommt also nicht darauf an wann die Partei, die für die Wahrung der Nothfrist sorgen muss, von der Versäumung Kenntniss erhalten hat. Wird das in Frage stehende Rechtsmittel

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 185; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 259; von Sarwey I S. 315; Kleiner I S. 673; Hellmann I 587; Bolgiano S. 458. A. M. sind: Seuffert S. 225, 226; Gaupp I S. 537.

[2]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 258.

[3]) V. auch: Seuffert S. 224; Puchelt I S. 501; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 184; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 258; Gaupp I S. 535. A. M. ist Hellmann I S. 585.

zwar nach Ablauf der Nothfrist aber innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist eingelegt so kann die Wiedereinsetzung auch nach Ablauf dieser Frist im Verhandlungstermin nachgesucht werden. (§ 214 Abs. 3.) Die Vorschrift des § 212 Abs. 2, nach welcher die Wiedereinsetzungsfrist nicht durch Vereinbarung verlängert werden kann, wurde in § 213 nicht wiederholt, kann also auf die hier festgesetzte Monatsfrist nicht angewandt werden.

§ 214.

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muss enthalten:

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
3. die Nachholung der versäumten Prozesshandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt die Bezugnahme hierauf.

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen.

Im Falle des § 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist erfolgt ist.

§ 215.

Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung zusteht.

§ 216.

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozesshandlung

zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozesshandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

(E. §§ 206—208. M. 460 u. 461. K. 76, 124 u. 125, 535 u. 536, 666 ff. B. S. 9.)

1) Da der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand immer in Beziehung zu einem anhängigen oder anhängig gewesenen Prozesse steht, soll über denselben dasjenige Gericht entscheiden, welches über den Einspruch, das Rechtsmittel, die Restitutions- oder Nullitätsklage, die Anfechtungsklage gegen das Ausschlussurtheil oder gegen den Schiedsspruch, um deren Geltendmachung es sich handelt, zu entscheiden haben würde wenn die Nothfrist nicht versäumt wäre. (V. die §§ 303 ff., 473, 510, 540, 547, 640, 834 und 871.) (M. S. 460 und 461.) Bei dem hienach zuständigen Gerichte ist die Wiedereinsetzung zu beantragen d. h. der Schriftsatz, durch dessen Zustellung die Beantragung erfolgt, zu hinterlegen und die Bestimmung eines Termins zur Verhandlung nachzusuchen. Bezüglich der sofortigen Beschwerde wurde da dieselbe sowohl bei dem Gericht, von dem die angefochtene Entscheidung erlassen wurde, als bei dem Beschwerdegerichte eingelegt werden kann (§§ 532 und 540) folgerichtig vorgeschrieben, dass der den Antrag auf Wiedereinsetzung enthaltende Schriftsatz bei jedem dieser Gerichte eingereicht werden kann (§ 214 Abs. 2). Gegen die Entscheidungen eines beauftragten oder ersuchten Richters gibt es keine eigentliche Beschwerde sondern es ist deren Abänderung bei dem Prozessgerichte nachzusuchen, gegen dessen Entscheidung sodann die Beschwerde stattfindet (§ 539). Auch diese Entscheidung muss aber (nach § 540 Abs. 4) innerhalb der Nothfrist nachgesucht werden. Wird diese Nothfrist versäumt so muss auch die Wiedereinsetzung bei dem Prozessgericht nachgesucht werden, das in erster Linie darüber zu entscheiden hat ob die Entscheidung abzuändern ist. [1])

2) Hinsichtlich des Antrags auf Wiedereinsetzung wird in gleicher Weise verfahren als wenn die versäumte Prozesshandlung schon rechtzeitig vorgenommen worden wäre so dass mündliche Verhandlung nur im Falle der Versäumung der

[1]) V. auch Seuffert S. 227; Hellmann I S. 592; Kleiner I S. 676, 677; Gaupp I S. 539; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 261.

sofortigen Beschwerde entbehrlich ist. (M. 461.) Nach diesem Grundsatze ist die Wiedereinsetzung in der Regel durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner d. h. in derselben Weise zu beantragen, in welcher das verspätete Rechtsmittel eingelegt wird. (V. §§ 305, 479, 515 u. s. w.) Dass der Schriftsatz (gemäss § 124) auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen und vor Zustellung desselben ebenso wie bei der Einlegung des betr. Rechtsmittels eine Terminsbestimmung nachzusuchen ist, versteht sich ebenso von selbst als dass der Gegner zu dem festgesetzten Termin geladen werden muss. (§§ 191—193.) Wenn es sich um Versäumung der sofortigen Beschwerde handelt, ist die Zustellung eines Schriftsatzes nicht nothwendig. Vielmehr wird dieselbe durch Einreichung dieses Schriftsatzes bei Gericht ersetzt, was den Vorschriften über die Beschwerde entspricht. Die von der J.-K. beigefügte Vorschrift des § 214 Abs. 3, welche für den Fall der Wiedereinsetzung auf Grund des § 213 die mündliche Beantragung der Wiedereinsetzung gestattet, beruht auf besonderen Erwägungen. Diese wurden von dem Antragsteller Bähr dahin zusammengefasst: „dass möglicher Weise eine Partei oder ihr Anwalt von ihrer Versäumniss vor dem Termin keine Kenntniss erhalten werde; liege dann der Termin später als einen Monat nach Ablauf der Nothfrist, so sei die Restitution für die Partei verloren; das Erforderniss der Zustellung eines Schriftsatzes würde die Wiedereinsetzung unnöthig erschweren.“ Auch fanden dieselben bei der J.-K. Eingang und wurde der von Bähr gestellte Antrag angenommen, und ungeachtet des von den Regierungskommissären erhobenen Widerspruchs beibehalten. (K. 124 ff., 535 ff., 666 ff.) Aus § 300 ergibt sich übrigens, dass wenn der Gegner im Termin nicht erscheint, auf Grund des mündlichen Vorbringens ein Versäumnissurtheil gegen denselben nicht erwirkt werden kann, sondern hiezu immerhin die vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes erfordert wird. Auch wurde dies in der J.-K. (124, 667) mehrfach anerkannt.

3) Der Schriftsatz, durch den die Wiedereinsetzung beantragt wird, muss die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen und der Mittel für deren Glaubhaftmachung (§ 266), ausserdem aber die Nachholung der versäumten Prozesshandlung, oder die Bezugnahme hierauf enthalten. Zu den begründenden Thatsachen gehören auch diejenigen, durch welche die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung gerechtfertigt wird. Die Zulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung nach § 216 Abs. 2 muss nach den für die nachgeholte Prozesshandlung bestehenden Vorschriften geprüft werden. Es ist hienach von Amtswegen zu untersuchen, ob die Wiedereinsetzung an sich statthaft ist, und ob dieselbe in der gehörigen Form und Frist nachgesucht wurde. (§§ 306, 497, 529, 537, 552.) Jedoch hat diese Prüfung ebenso wie bei der Klage nicht bei der Terminsbestimmung, sondern erst bei der mündlichen Verhandlung zu erfolgen. Ob und wie weit die Mängel des Schriftsatzes bezw. der Zustellung desselben durch ausdrücklichen Verzicht oder Stillschweigen des Gegners gedeckt werden, ist nach § 267 zu beurtheilen. In den §§ 835 und 870 ist nicht vorgeschrieben, dass die Einhaltung der gesetzlichen Form und Frist von Amtswegen zu prüfen ist. Da die Nothfrist ihrem Wesen nach unabänderlich und der Verfügung der

Parteien entzogen ist (§ 202 Abs. 1), muss aber auch in diesen Fällen der verspätete Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen werden. (Bem. zu §§ 835 und 870.)

4) Da die Wiedereinsetzung nur den Zweck hat, die Zulassung des in Frage stehenden Rechtsmittels ungeachtet der Versäumung der hiefür bestimmten Nothfrist zu ermöglichen so ist in einem und demselben Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung und die nachgeholte Prozesshandlung zu verhandeln und zu entscheiden. Das Gericht kann das Verfahren zunächst auf die Wiedereinsetzung beschränken und es wird dies in der Regel geschehen wenn die Zulässigkeit derselben zweifelhaft ist und die nachgeholte Prozesshandlung voraussichtlich ein weiteres Verfahren veranlasst. Auch wenn bezüglich der verschiedenen Anträge nur eine Verhandlung stattgefunden hat kann zunächst die Wiedereinsetzung durch Zwischenurtheil (§ 275) ertheilt und dann das Verfahren bezüglich der nachgeholten Prozesshandlung fortgesetzt werden.

5) Durch den Antrag auf Wiedereinsetzung wird die Vollstreckung des durch die Versäumung rechtskräftig gewordenen Urtheils nicht gehemmt: doch kann das Gericht die Zwangsvollstreckung auf Grund des gestellten Antrags vorläufig einstellen. (§ 647.) Wird die Wiedereinsetzung ertheilt so hat dies auch wenn nicht zugleich über das eingelegte Rechtsmittel entschieden wird zur Folge, dass die Vollstreckung gehemmt wird da nun die Sache ebenso liegt als ob das Rechtsmittel innerhalb der Nothfrist eingelegt worden wäre. Zur Vermeidung von Zweifeln empfiehlt es sich, die Einstellung des Vollstreckungsverfahrens ausdrücklich anzuordnen.

6) Auch bezüglich der Anfechtbarkeit der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag sind die Vorschriften massgebend, welche für die nachgeholte Prozesshandlung gelten. Es ist also die Anfechtung der über die Wiedereinsetzung ergangenen Entscheidung nur dann gestattet wenn auch das über die nachgeholte Prozesshandlung entscheidende Urtheil angefochten werden kann und desshalb die Anfechtung einer kontradiktorischen Entscheidung des Revisionsgerichts ausgeschlossen. Dasselbe Rechtsmittel, das in der Hauptsache zulässig ist, dient zugleich zur Anfechtung der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag. Es kann sonach wenn die Wiedereinsetzung durch Zwischenurtheil (§ 275) bewilligt wurde dieses Urtheil erst mit dem Endurtheil angefochten werden. Ist die Wiedereinsetzung durch Versäumnissurtheil ertheilt worden so steht dem Gegner der Einspruch hiegegen ebenso zu wie er ihm zustehen würde wenn das Versäumnissurtheil vom Gegner ohne das Mittelglied eines Antrags auf Wiedereinsetzung erwirkt worden wäre. Nur der Partei, welche den Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt hat ist falls sie nicht erscheint oder nicht verhandelt der Einspruch versagt, „weil sonst die Reihe der Einsprüche und Wiedereinsetzungen unter Umständen endlos werden würde.“ (M. 461.)

7) Die Vorschrift des § 215 Abs. 3 entspricht derjenigen des § 309. Unterliegt die Partei, welche die Wiedereinsetzung nachsuchte, in der Hauptsache so hat sie hienach alle Kosten zu tragen wenn nicht durch unbegründeten Widerspruch gegen die Wiedereinsetzung besondere Kosten entstanden sind. Ist sie dagegen in jeder Beziehung siegreich so sind ihr diejenigen Kosten zur Last zu legen, welche durch die Wiedereinsetzung entstanden.

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

(§§ 217—229.)

Vorbemerkungen.

1) Der einmal anhängig gewordene Prozess soll ohne Stillstand zu Ende geführt werden können. Dafür sorgt die C.-P.-O. durch die Bestimmungen über den Prozessbetrieb, vermöge deren der ununterbrochene Fortgang des Verfahrens theils der Thätigkeit der Parteien, theils derjenigen des Gerichts unterstellt ist. Auch wo letztere eintritt dient sie aber nur dem muthmasslich auf Beendigung des Prozesses gerichteten Willen der Parteien. Sind diese ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen, den Prozess auf bestimmte oder unbestimmte Zeit nicht fortzusetzen so hört auch die Prozessthätigkeit des Gerichtes auf. Diesen freiwilligen Stillstand des Prozesses bezeichnet das Gesetz als: „Ruhen des Verfahrens" (§ 228). Der Prozess nimmt in einem solchen Falle dadurch seinen Fortgang, dass die eine oder andere Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung ladet (§ 191). Auch vom Willen der Parteien unabhängige Umstände können einen vollständigen Stillstand des Prozesses bedingen. Ein solcher Stillstand tritt entweder kraft Gesetzes unmittelbar mit dem Momente des bezüglichen Ereignisses ein (Unterbrechung) oder er wird vom Gerichte angeordnet (Aussetzung). In beiden Fällen bedarf es einer Aufnahme des unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, welche zu unterscheiden ist von der Wiederaufnahme durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage (§§ 541 ff.).

Während die Fälle der Aussetzung des Verfahrens mehr oder minder von der Zweckmässigkeit beherrscht werden und desshalb der richterlichen Entscheidung unterliegen werden die Fälle der Unterbrechung durch die zwingende Natur der Thatsachen bestimmt. Diesen liegt der gemeinsame Gedanke zu Grunde, dass wenn in einem Prozesse ein Ereigniss eintritt, durch welches eine Partei dem Gegner unvertheidigt gegenüber steht, der Rechtsstreit solange einhalten muss bis der Partei Gelegenheit geboten ist, für die Vertheidigung und Vertretung ihrer Rechte Sorge zu tragen. Daraus erklärt sich § 223 Abs. 1 und die Beschränkung des § 221 auf Anwaltsprozesse. Entsprechend jenem Gedanken ist die blosse Thatsache als das unterbrechende und den Zeitpunkt der Unterbrechung bestimmende Moment behandelt; die Kenntniss der Gegenpartei oder des Gerichts ist unerheblich. Wenn diese fehlt können freilich Termine und andere Prozesshandlungen thatsächlich stattfinden; sie sind jedoch der unvertheidigten Partei gegenüber ohne Wirkung (§ 526 Abs. 2). (M. 461 ff.)

2) Die Vorschriften, durch welche die erwähnten Grundsätze verwirklicht werden, sind in folgender Weise geordnet. In den §§ 217—227 wird der nothwendige Stillstand der Prozesse geregelt und zwar handeln die §§ 217—222 von der Unterbrechung, die §§ 223—225 von der Aussetzung des Verfahrens, während die §§ 226 und 227 einige für die Unterbrechung und Aussetzung gemeinschaftliche Bestimmungen enthalten. Im § 228 wird der durch das Einverständniss der

Parteien herbeigeführte Stillstand des Prozesses (das „Ruhen des Verfahrens“) geordnet und § 229 regelt in allgemeiner Weise die Beschwerde, welche wegen Anordnung oder Ablehnung der Aussetzung des Verfahrens stattfindet.

§ 217.

Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnissurtheil auszusprechen, dass das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

(E. § 209. M. 462. K. § 76.)

1) Im Falle des Todes einer Partei tritt sofern dieselbe nicht durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten wird (§ 223) eine Unterbrechung des Verfahrens ein und zwar wird diese Unterbrechung durch die Thatsache selbst bewirkt ohne dass es nöthig wäre, dass dieselbe dem Gegner oder dem Gerichte bekannt geworden ist. (Vorbem. 1.) Der Ausdruck „Partei“ bezieht sich hier nicht auf den „gesetzlichen Vertreter“, bezüglich dessen § 219 besondere Vorschriften enthält, wohl aber auf den Nebenintervenienten. Für den Fall, dass ein Schuldner vor Beginn oder im Lauf des Zwangsvollstreckungsverfahrens stirbt, enthalten die §§ 93 ff. besondere Vorschriften. Auch ist jeder einzelne Streitgenosse als Partei anzusehen und wird das Verfahren desshalb durch dessen Tod unterbrochen. (V. Bem. zu § 58.)[1]) Erscheinen die Rechtsnachfolger des verstorbenen Streitgenossen nicht, um den Prozess wieder aufzunehmen so ist falls § 58 zutrifft gegen sie Versäumnissurtheil zu erlassen, während sie in den im § 59 vorge-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 189; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 265; Hellmann I S. 598; Gaupp I S. 545. A. M. ist Puchelt I S. 512.

sehenen Fällen durch die übrigen Streitgenossen vertreten werden. Wenn eine juristische Person zu existiren aufhört z. B. wenn eine Gemeinde mit einer anderen vereinigt wird ist ein ähnliches Verhältniss begründet wie bei dem Tode einer physischen Person. Jedenfalls muss auch hier eine Unterbrechung eintreten, da in diesem Falle die gesetzlichen Vertreter nach § 219 ihre Vertretungsbefugnisse verlieren.

Die durch den Tod einer Partei erfolgte Unterbrechung, deren Wirkungen durch § 226 geregelt sind, dauert fort bis das Verfahren durch den Rechtsnachfolger der Partei wieder aufgenommen wird. Die Aufnahme erfolgt nach § 227 durch Zustellung eines Schriftsatzes. Die Rechtsnachfolger haben ihre Eigenschaft als solche wenn dieselbe bestritten wird nachzuweisen.

2) Erfolgt die Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei nicht freiwillig, so können dieselben zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden. Ob der Gegner laden will, hängt von seinem Belieben ab. Wenn er aber ladet, muss er zur Aufnahme des Verfahrens und zur Hauptsache laden.[1]) Die Ladung muss auch hier die Aufforderung zur Bestellung eines Anwalts enthalten.[2]) Die Ladungsfrist richtet sich in diesem Falle nicht nach § 194 sondern wird vom Vorsitzenden unter Berücksichtigung der besonderen Umstände festgesetzt. Die Ladung der Rechtsnachfolger geschieht in der gewöhnlichen Weise. (§§ 152 ff.) Durch die Vorschrift des Abs. 3 soll nicht die Zulässigkeit der Ersatzzustellung ausgeschlossen sondern nur gesagt werden, dass den Rechtsnachfolgern selbst, nicht einem Vertreter derselben insbesondere einem Zustellungsbevollmächtigten der verstorbenen Partei zuzustellen ist. Die Ladung zur Aufnahme des Verfahrens ist auch dann nöthig wenn ein vor dem Tod der Partei verkündetes Urtheil zugestellt werden soll da diese Zustellung zum Verfahren der Instanz gehört.[3])

3) In der Regel werden die allgemeinen Rechtsnachfolger (Erben) der verstorbenen Partei das Verfahren aufzunehmen haben. Es kann aber auch ein besonderer Rechtsnachfolger hiezu verpflichtet sein z. B. der Vermächtnissnehmer eines bestimmten Grundstücks, über dessen Eigenthum oder Belastung mit einem dinglichen Rechte gestritten wird. (n. Pr. I S. 429.)[4]) Wer als Erbe der verstorbenen Partei anzusehen ist, muss nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte beurtheilt werden. Insbesondere ist nach diesem zu entscheiden, ob die Erbschaft ohne Weiteres auf die Erben übergeht (code civil Art. 724. A. L.-R. I. 9 §§ 367 ff.) oder ob zum Erwerb derselben ein besonderer Erbschaftsantritt erfordert wird. Ebenso ist das bürgerliche Recht bezüglich der Fragen massgebend, ob und in welcher Weise die zur Erbschaft berufenen Personen zu einer Erklärung über die Annahme angehalten werden können und was zu geschehen hat wenn

1) V. auch: Endemann I S. 629; Gaupp I S. 546; von Bülow S. 141; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 267.

2) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 267. A. M. ist Endemann I S. 630.

3) V. auch Gaupp I S. 547; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 267. A. M. ist von Sarwey I S. 323.

4) V. auch: Hellmann I S. 599; Kleiner I S. 684; von Bulow V. Aufl. S. 141; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 265. A. M. ist Gaupp I S. 545.

keine Erben vorhanden sind. Wird dem Nachlass ein Kurator bestellt, so kommen nach § 220 die Vorschriften des § 219 zur Anwendung.

4) Nach Abs. 2 des § können die Rechtsnachfolger vorgeladen werden wenn die Aufnahme „verzögert wird“; es muss denselben also noch eine Frist zur Bethätigung der freiwilligen Aufnahme sowie zur Ueberlegung der Frage eingeräumt werden, ob sie den Prozess weiter führen wollen oder nicht. Ob die belassene Frist ausreichend ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden; es kann sich aber nur um eine kurze Frist handeln zumal die vom Vorsitzenden festgesetzte Ladungsfrist von den Rechtsnachfolgern ebenfalls zur Ueberlegung benützt werden kann. Es sind desshalb die Kosten der Ladung dem betreibenden Theil nur dann zur Last zu legen wenn er den Rechtsnachfolgern nur eine ungenügende Zeit zur freiwilligen Aufnahme belassen hat.[1])

Damit Jemand als Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei vorgeladen werden kann, muss dessen Eigenschaft als solcher feststehen. Solange die dem Erben nach dem bürgerlichen Recht zustehende Ueberlegungsfrist läuft, wird in der Regel die Vorladung nicht erfolgen können und muss jedenfalls die Entscheidung verschoben werden, da diese Frist gerade den Zweck hat, den Erben zur Entschliessung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft Zeit zu geben und dieser Entschluss gefasst sein muss ehe die Aufnahme des Verfahrens erfolgen kann.[2]) Insbesondere kann in den Ländern des französischen Rechts der Erbe während der in den Art. 795 ff. C. c. festgesetzten Frist nicht genöthigt werden, das Verfahren aufzunehmen. Dagegen kann der Umstand, dass der Erbe die Erbschaft nur unter der Rechtswohlthat des Inventariums angenommen hat dessen Verpflichtung, sich über die Aufnahme des Verfahrens zu erklären, nicht ausschliessen da er durch diese Annahme Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei geworden ist. Auch können diejenigen Vorschriften, welche bestimmen, dass der Erbe auch nachdem er sich über die Annahme der Erbschaft erklärt hat innerhalb gewisser Frist oder bis zu beendigter Inventarisation von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden dürfe, der Anwendung des § 217 nicht im Wege stehen.[3])

5) Bestreiten die auf Grund des § 217 Abs. 2 vorgeladenen Personen ihre Eigenschaft als Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei so ist es Sache der Gegner, nachzuweisen, dass eine Rechtsnachfolge besteht. (M. S. 462; n. Pr. I S. 423.) Wird diese zugegeben so ist ebenso zu verfahren als ob die Aufnahme freiwillig erfolgt wäre. Bezüglich derjenigen Personen, die ungeachtet gehöriger Vorladung nicht erscheinen, ist die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzusehen und die hienach anzunehmende Aufnahme auf Antrag durch Versäum-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 190; Puchelt I S. 512; Hellmann I S. 600; Kleiner I S. 685; von Bülow S. 141. A. M. sind: Seuffert S. 232; Endemann I S. 628; von Sarwey I S. 322; Gaupp I S. 546; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 266.

[2]) V. Seuffert S. 231; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 190; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 266; Endemann I S. 628; Kleiner I S. 685. Gaupp I S. 545. A. M. ist Puchelt I S. 512.

[3]) So auch Seuffert S. 231; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 190; Gaupp I S. 546.

nissurtheil festzussellen. Erst wenn dieses Versäumnissurtheil rechtskräftig geworden ist kann zur Verhandlung in der Hauptsache geschritten werden.

§ 218.

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

(E. § 210. M. 462 u. 463. K. 76 u. 667.)

1) Durch die Konkurseröffnung über das Vermögen einer Partei, durch welche diese die Befugniss verliert, ihr zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen (K.-O. § 5), wird das Verfahren in den die Konkursmasse betreffenden Prozessen ebenso wie durch deren Tod oder den Verlust der Prozessfähigkeit unterbrochen und zwar genügt auch hier die Thatsache der Konkurseröffnung (K.-O. §§ 94—106). Die Unterbrechung tritt selbst dann ein wenn der Gemeinschuldner durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war da § 223 auf diesen Fall keine Anwendung findet. Die Frage ob das Verfahren die Konkursmasse betrifft ist nach § 1 K.-O. zu entscheiden. Eine Unterbrechung tritt hienach nicht ein wenn der Prozess sich gar nicht auf das Vermögen bezieht (z. B. bei Statusklagen, Ehescheidungsklagen etc.); sie kann aber auch bei vermögensrechtlichen Klagen ausgeschlossen sein wenn der betr. Vermögensbestandtheil nicht zur Konkursmasse gehört. In der J.-K. erklärte Regierungskommissär Hagens ohne Widerspruch zu erfahren: „dass die Unterbrechung sich sowohl auf einen die Aktiv- wie auf einen die Passiv-Masse betreffenden Prozess erstrecken solle.“ (K. 76.) Nach § 13 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkurses (R.-G. Bl. S. 279) wird das die Anfechtung betr. Verfahren durch die Konkurseröffnung auch dann unterbrochen wenn der Schuldner im Prozesse nicht Partei ist. Dagegen unterbricht der Konkurs des gepfändeten Schuldners nicht den Interventionsprozess zwischen demjenigen, der die gepfändeten Sachen vindizirt und dem früheren Prozessgegner des Gemeinschuldners.[1]) Das von einem absonderungsberechtigten Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckungsverfahren wird durch die Konkurseröffnung nicht unterbrochen. Es ergibt sich dies sowohl aus § 693 als aus § 11 der K.-O. (Bem. zu §§ 693 ff. und Kommentar zur K.-O. S. 67.)[2])

2) Bezüglich der Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Verfahrens sind die besonderen Bestimmungen der K.-O. (§§ 8, 9, 132 Abs. 2, 134 Abs. 2) massgebend. Nach § 8 Abs. 1 kommen aber die Vorschriften

[1]) V. O.-L.-G. Kiel 29. Okt. 1880, d. Juristenzeitung Bd. V. S. 185.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 191; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 268; von Sarwey, Kommentar zur K.-O. § 11 S. 45 ff.

des § 217 zur entsprechenden Anwendung wenn die Aufnahme durch den Konkursverwalter verzögert wird. Wird das Konkursverfahren ehe die förmliche Aufnahme des Verfahrens erfolgte aufgehoben (§ 151 K.-O.) so hört die Unterbrechung des Verfahrens in den anhängigen Prozessen von selbst wieder auf und der bisherige Gemeinschuldner ist ebenso wie sein Gegner berechtigt, den Prozess zu betreiben. (M. 463, K. 76.) Der in § 218 erwähnten „Aufhebung" steht die in dem § 188 K.-O. geregelte Einstellung des Konkursverfahrens gleich. (K.-O. § 192.) Die im Entwurf enthaltene Vorschrift: „Wird die Aufnahme verzögert so finden die Vorschriften des vorstehenden § entsprechende Anwendung" wurde durch die J.-K. hier gestrichen, dagegen dem § 8 K.-O. beigefügt (K.667; Pr. zur K.-O. S. 148).

§ 219.

Verliert eine Partei die Prozessfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugniss desselben auf, ohne dass die Partei prozessfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

§ 220.

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlass ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des § 219 und, wenn über den Nachlass der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 218 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

(E. § 211 u. 212. M. 462. K. 76.)

1) Verliert eine Partei die Prozessfähigkeit oder kommt eine prozessunfähige Partei durch den Tod ihres bezw. ihrer gesetzlichen Vertreter oder sonstwie in die Lage, ohne gesetzlichen Vertreter zu sein so wird das Verfahren ebenso wie durch den Tod der Partei unterbrochen. Jedoch tritt auch hier die Unterbrechung nur dann ein wenn ein Prozessbevollmächtigter nicht vorhanden ist. (§ 223.) Der Tod eines gemäss § 55 bestellten Vertreters muss dieselbe Wirkung haben wie der des gesetzlichen Vertreters da er diesen ersetzt und die prozessfähige Partei nun ebenso unvertheidigt dasteht als wenn ihr gesetzlicher Vertreter gestorben wäre. [1])

[1]) V. Puchelt Bd. I S. 516; Struckmann-Koch II. Aufl. S. 193; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 270.

Für den Fall, dass ein gesetzlicher Vertreter bezw. ein neuer Vertreter bestellt wurde ist das Aufnahmeverfahren dahin geregelt, dass die einfache Anzeige dieses Vertreters von seiner Bestellung oder die demselben gemachte Mittheilung des Gegners, dass er das Verfahren fortsetzen wolle, der Unterbrechung ein Ende macht. Eine Ladung auf Aufnahme des Verfahrens ist also nicht erforderlich. So lange die prozessunfähige Partei einen gesetzlichen Vertreter nicht hat kann durch prozessuale Mittel die Aufnahme des Verfahrens nicht erzwungen werden. Vielmehr kann der Gegner nur in der gesetzlich zulässigen Weise darauf hinwirken, dass ein gesetzlicher Vertreter bestellt (z. B. ein Vormund ernannt) wird. Die Frage ob nicht dem Gerichte nach Analogie des § 55 die Befugniss zur Bestellung eines vorläufigen Vertreters beigelegt werden solle, ist zu verneinen. (M. 462.) [1])

2) Wird nach dem Tode einer Partei für deren Nachlass ein Kurator bestellt so nimmt dieser eine ähnliche Stellung ein wie der gesetzliche Vertreter einer prozessunfähigen Partei. Es kommt desshalb wenn durch den Tod der Partei das Verfahren überhaupt unterbrochen wurde d. h. nicht eine Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten stattfindet (§ 223) bezüglich der Aufnahme nicht § 217 sondern § 219 zur Anwendung und es genügt eine einfache Anzeige (§ 227), um die Aufnahme zu bewirken. Ebenso ist die Aufnahme wenn über den Nachlass der Konkurs eröffnet wurde (§§ 202 ff. K.-O.) nicht nach § 217 sondern nach § 218 zu bewirken. Für Prozesse, welche durch den Konkurs nicht berührt werden, welche vielmehr wenn der Gemeinschuldner noch lebte von diesem weiterzuführen wären, ist § 217 und wenn ein Nachlasskurator ernannt wurde § 219 massgebend. Dass die Vorschrift des § 219 bezüglich der „den Konkurs betreffenden" Prozesse auch dann zur Anwendung kommt wenn durch den Tod der Partei wegen § 223 gar keine Unterbrechung stattfand versteht sich von selbst. Hier ist die Anwendung des § 217 von vornherein ausgeschlossen und würde § 218 auch ohne die Vorschrift des § 220 massgebend sein.

§ 221.

Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Auf-

[1]) V. Puchelt I S. 516; Struckmann-Koch III. Aufl. a. a. O.

forderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozessgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, an welchem das Prozessgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgen.

(E. § 213. M. 463. K. 76.)

1) Der Anwaltszwang hat die Folge, dass der Tod des Rechtsanwalts oder dessen Unfähigkeit, ferner als Anwalt im Prozesse thätig zu sein, die Partei unvertheidigt und unvertreten macht. (M. 463.) Desshalb tritt in solchen Fällen eine Unterbrechung des Verfahrens in derselben Weise ein wie bei dem Wegfall des gesetzlichen Vertreters. Unfähig zur Fortführung der Vertretung wird der Rechtsanwalt wenn er aufhört Anwalt zu sein weil er die Anwaltschaft freiwillig niederlegt oder aus derselben ausgeschlossen wird, ferner wenn er weiterhin nicht mehr zur Thätigkeit bei dem betr. Prozessgerichte zugelassen wird. (574.) Die Kündigung des Mandats bewirkt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht. Vielmehr wird dieser Fall durch § 83 geregelt. Ebensowenig tritt zufolge einer (körperlichen oder geistigen) Erkrankung des Anwalts ohne Weiteres eine Unterbrechung des Verfahrens ein da hier die Möglichkeit der Zustellung an den Anwalt fortdauert und für eine Stellvertretung durch einen Kollegen ebenso wie im Fall einer längeren Reise etc. gesorgt werden kann. Eine Unfähigkeit im Sinne des Gesetzes (ein „Ausscheiden aus der Anwaltschaft") liegt nur dann vor wenn in Folge der Entmündigung die Zulassung als Anwalt zurückgenommen wird. (§ 22 der R.-A.-O.) [1]) Wenn mehrere Anwälte vorhanden sind, wird das Verfahren nur dann unterbrochen wenn alle gestorben oder unfähig geworden sind. (§ 80.)

Auf den Parteiprozess bezieht sich die Vorschrift des § überhaupt nicht. Wenn hier ein Prozessbevollmächtigter sei dieser auch ein Anwalt stirbt oder in anderer Weise die Vertretung aufhört so tritt eine Unterbrechung nicht ein sondern es ist Sache der Partei, sofort für einen anderen Vertreter zu sorgen oder selbst vor Gericht aufzutreten. (M. 463.)

2) Wird das Verfahren in der im § angegebenen Weise unterbrochen so hat die Aufnahme desselben dadurch zu erfolgen, dass der Nachfolger des verstorbenen oder ausgeschiedenen Anwalts dem gegnerischen Anwalt seine Bestellung durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227) anzeigt und es wird durch diese Anzeige die Unterbrechung ohne Weiteres beseitigt. Wird die Bestellung eines neuen Anwalts oder die Mittheilung derselben ungebührlich verzögert so stehen

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 194; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 272; Gaupp I S. 555; Meyer R.-A.-O. S. 39; Völk ebendas. S. 46 ff. A. M. sind Puchelt I S. 518; von Sarwey I S. 326.

dem Gegner der unvertretenen Partei zwei Wege offen, um die Aufnahme des Verfahrens zu erzwingen. Er kann entweder einen Termin zur Verhandlung der Hauptsache bestimmen und die Partei selbst mit der Aufforderung zur Bestellung eines Anwalts (§ 192) zu diesem Termin vorladen lassen oder er kann sich zunächst auf eine Aufforderung zur Anwaltsbestellung innerhalb einer vom Vorsitzenden zu bestimmenden Frist beschränken. Wird der erste Weg eingeschlagen so kann wenn der Gegner einen Anwalt nicht bestellt im Verhandlungstermin (gemäss § 295 oder 296) Erlass eines Versäumnissurtheils beantragt werden und es ist in diesem Falle nicht (wie nach § 217 und nach § 8 K.-O.) nothwendig, dass ein besonderes Urtheil bezüglich der Aufnahme ergeht und die Verhandlung zur Hauptsache bis nach Ablauf der Einspruchsfrist vertagt werde. (M. 463.) Wohl aber kann das in der Hauptsache ergangene Versäumnissurtheil mittelst Einspruchs angefochten werden. Wird der zweite Weg betreten so gilt mit Ablauf der bestimmten Frist kraft Gesetzes also ohne dass es eines Urtheils bedarf das Verfahren als aufgenommen; es hören die Wirkungen der Unterbrechung (226) ohne Weiteres auf und es kann die Anberaumung eines Termins ebenso verlangt werden als ob keine Unterbrechung stattgefunden hätte. In beiden Fällen macht die Bestellung eines neuen Anwalts der Unterbrechung sofort ein Ende. Es wird jedoch dadurch der zur Verhandlung in der Hauptsache festgesetzte Termin nicht aufgehoben sondern es muss der Anwalt in diese eintreten wenn ihm nicht eine Vertagung bewilligt wird.

3) Von dem Zeitpunkte an mit dem die Unterbrechung eingetreten ist bis zu deren Beendigung haben alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei selbst zu erfolgen. Der Fall liegt anders als bei der Kündigung der Vollmacht. (§ 83.) Wohnt die Partei nicht innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozessgericht seinen Sitz hat (v. Bem. I. 2 zu §§ 160 ff.), so können die Zustellungen durch „Aufgabe zur Post" (§ 161) erfolgen ohne dass es hiezu wie nach § 160 Abs. 1 eines besonderen Gerichtsbeschlusses bedarf. Diese Art der Zustellung ist jedoch nach dem Wortlaut des Gesetzes („bis zur nachträglichen Anzeige") wie nach dem Geist desselben nicht schon vom Zeitpunkt der Unterbrechung an sondern erst dann gestattet wenn die vom Vorsitzenden bestimmte Frist abgelaufen, das Verfahren sonach als aufgenommen anzusehen ist. [1]) Sobald die Bestellung eines neuen Anwalts angezeigt wurde hört diese Befugniss wieder auf und sind nun alle Zustellungen gemäss § 162 zu bewirken.

§ 222.

Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

(E. § 214. M. 461. K. 76.)

[1]) V. Gaupp I S. 556; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 194; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 273. A. M. sind: Seuffert S. 236; Puchelt I S. 519.

Durch § 222 werden die Fälle des sogen. „justitium" geregelt, in welchen in Folge äusserer, nicht in der Person der Parteien oder ihrer Vertreter liegender Ereignisse (z. B. eines Krieges, ansteckender Krankheiten, oder allgemeiner Ueberschwemmungen, oder des Todes eines Amtsrichters) die Thätigkeit eines Gerichts gänzlich eingestellt wird. Auch in solchen Fällen treten die Wirkungen der Unterbrechung (§ 226) mit der Einstellung der Gerichtsthätigkeit von selbst ein. Der Tod eines Amtsrichters kann eine Unterbrechung nur dann zur Folge haben wenn für ihn ein Stellvertreter nicht bezeichnet ist oder auch dieser nicht thätig sein kann. Sobald der Zustand, der die Thätigkeit des Gerichts aufhören machte, sein Ende erreicht und das Gericht seine Thätigkeit wieder aufnimmt hört auch die Unterbrechung des Verfahrens von selbst auf und es kann jede Partei den Prozess betreiben indem sie eine Terminsbestimmung nachsucht und dem Gegner eine Ladung zustellen lässt. (§ 193.) Dauert der Zustand den Parteien zu lange so kann auf Grund des § 36 Z. 1 ein anderes Gericht für zuständig erklärt werden. (V. Bem. 1 zu § 36.)

§ 223.

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozessfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechnng des Verfahrens nicht ein; das Prozessgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

(E. § 215. M. 462. K. 76.)

1) Da der Prozessbevollmächtigte weder durch den Tod der Partei noch durch Verlust der Prozessfähigkeit von Seite derselben oder den Wegfall des gesetzlichen Vertreters seine Befugnisse verliert vielmehr (nach § 82) ungeachtet dieser Ereignisse berechtigt ist, den Prozess fortzuführen, kommen die §§ 217 und 219 nicht zur Anwendung wenn eine Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten stattfindet. Als solcher gilt auch der Geschäftsführer, der vom Gericht einstweilen zur Prozessführung zugelassen wurde. (Bem. zu § 85.) Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Partei bewirkt auch wenn ein Prozessbevollmächtigter bestellt ist eine Unterbrechung des Verfahrens soweit dasselbe die Konkursmasse betrifft. (Bem. 1 zu § 218.)

2) Der Prozessbevollmächtigte ist zur Fortführung des Prozesses berechtigt

aber hiezu nicht verpflichtet. Da er die Rechtsnachfolger der Partei nicht immer kennt und jedenfalls in der Lage sein kann, bezüglich derselben Erkundigungen und eine neue Vollmacht oder Instruktion einzuholen, wurde ihm vielmehr das Recht eingeräumt, die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen. Wenn diese angeordnet wurde, was unter den gesetzlichen Voraussetzungen geschehen muss, treten dieselben Wirkungen ein wie im Falle der Unterbrechung. (§ 226.) Für den Fall des Todes einer Partei ist ausserdem dem Gegner derselben das Recht eingeräumt, die Aussetzung zu beantragen da auch für ihn eine Veränderung in der Sachlage eintritt. (V. Bem. II. 2 zu §§ 82 ff.)

Das Verfahren bezüglich des Antrags auf Aussetzung ist durch § 225 geregelt. Die Dauer derselben richtet sich nach den §§ 217, 219 und 220. Auch sind diese §§ sowie der § 227 für die Aufnahme des Verfahrens massgebend. Dass die Ladung zur Aufnahme auch wenn ein Prozessbevollmächtigter bestellt ist den Rechtsnachfolgern der verstorbenen Partei zugestellt werden muss, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes mit Bestimmtheit hervor („auch") und wurde in den Motiven (462) hervorgehoben. Der betr. Schriftsatz muss ausserdem dem Prozessbevollmächtigten zugestellt werden „weil erfahrungsmässig in den meisten Fällen derselbe Prozessbevollmächtigte beibehalten wird." (M. a. a. O.)

§ 224.

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozessgericht abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

(E. § 216. M. 463. K. 76.)

Durch § 224 wird die Aussetzung des Verfahrens für solche Fälle gestattet, in denen sich eine Partei durch äussere Zufälle insbesondere dadurch, dass sie zu Kriegszeiten im Militärdienst steht oder von dem Verkehr mit dem Prozessgerichte abgeschnitten ist, in der Unmöglichkeit befindet, den Prozess zu führen. Die Aussetzung kann von Amtswegen angeordnet werden und es hat das Gericht nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Dass ein Prozessbevollmächtigter bestellt ist, steht der Aussetzung rechtlich nicht im Wege; es wird aber in diesem Falle nur selten Veranlassung zur Anwendung des § gegeben sein. Die Beendigung der Aussetzung erfolgt hier wie im Falle des § 141 durch Gerichtsbeschluss. Dieser ist von Amtswegen zuzustellen. Dagegen sind die Parteien nicht vom Gericht zu laden. (Bem. zu §§ 141 und 227.) Für die Verkündigung bezw. Zustellung des betr. Beschlusses ist § 294 massgebend.

§ 225.

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozessgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

(E. § 217. M. —. K. 76.)

Unter dem „Prozessgericht", bei dem die Aussetzung des Verfahrens in den durch die §§ 223 und 224 vorgesehenen Fällen nachgesucht werden muss, ist das Gericht, bei dem der Prozess anhängig ist, zu verstehen ohne dass es auf die Instanz ankommt, in welcher der Prozess schwebt. Da das Gesuch vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann, ist auch für Anwaltsprozesse der Anwaltszwang beseitigt. (V. Bem. II. 4 zu §§ 74 ff.) Eine mündliche Verhandlung ist nicht erforderlich. Falls eine solche also auch eine Verkündung der Entscheidung nicht stattfindet kommt bezüglich deren Zustellung § 294 Abs. 3 zur Anwendung. Die Zulässigkeit der Beschwerde ist durch § 229 geregelt. Uebrigens ist ebenso wie dieser § so auch § 225 für alle Fälle massgebend, in denen das Gesetz die Aussetzung gestattet. (V. §§ 62, 139, 140 und 580, sowie Vorbem. 1 zu diesem Titel, ferner Bem. zu § 229.)

§ 226.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, dass der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

(E. § 218. M. 463. K. 76.)

1) Durch die Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens, welche sich in ihrem Erfolg ganz gleich stehen, wird der Lauf aller Fristen also auch derjenige der Nothfristen sowie der Fristen für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

(§ 212 Abs. 1 und § 213) gehemmt. Die in § 212 Abs. 3 festgesetzte Frist von einem Jahr und die in § 549 Abs. 3 bestimmte fünfjährige Frist werden weder durch die Unterbrechung noch durch die Aussetzung des Verfahrens berührt. Diese Fristen sind nicht eigentliche prozessualische Fristen, sondern enthalten nur Präklusivvorschriften für den Beginn eines neuen Verfahrens. (Bem. III. zu §§ 199 ff.) Sie sind angeordnet, um die Rechtskraft der Urtheile nicht ungebührlich lang in der Schwebe zu erhalten und ihre Wirkung tritt auch dann ein wenn das der Wiedereinsetzung im Wege stehende Hinderniss noch nicht gehoben ist bezw. die Partei vom Anfechtungsgrunde noch keine Kenntniss davon erhalten hat.[1]) Die in § 226 vorgesehenen Wirkungen treten übrigens auch in anderen Fällen der Aussetzung als in denen der §§ 223 und 224 ein. (V. § 229).[2])

2) Die Vorschrift des Abs. 2 erstreckt sich nur auf die in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen, nicht auf diejenigen Handlungen, welche sich auf die Aufnahme des Verfahrens beziehen. Zu diesen gehört auch die Ladung zur Verhandlung der Hauptsache, die auf Grund der §§ 217 und 221 vorgenommen wird. (M. 463.) Nach dem Wortlaut des Gesetzes könnte es scheinen, dass durch Abs. 2 nur die von einer Partei vorgenommenen Prozesshandlungen betroffen werden. Es dürfen aber vor Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung auch vom Gericht Prozesshandlungen, die sich auf die Hauptsache beziehen z. B. Beweisaufnahmen nicht vorgenommen werden und es sind solche wenn sie vorkommen als unwirksam anzusehen. Der Grund des Gesetzes trifft in beiden Fällen in gleicher Weise zu, denn die „unvertheidigte" Partei hat auch bezüglich der vom Gericht vorgenommenen Prozesshandlungen Anspruch auf Gehör bezw. auf Mitwirkung und ist vermöge der Thatsachen, welche die Unterbrechung bezw. Aussetzung veranlassten, nicht in der Lage, von diesen Rechten Gebrauch zu machen. Auch müsste falls das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung über die Unwirksamkeit der während der Unterbrechung bezw. Aussetzung vorgenommenen Prozesshandlungen nicht enthielte, diese aus der Natur der beiden Institute abgeleitet werden. Aus der Vorschrift des Abs. 2 per argumentum e contrario zu folgern, dass die vom Gericht vorgenommenen Prozesshandlungen wirksam seien, ist nicht gerechtfertigt. Vielmehr erklärt sich die zu enge Fassung des Gesetzes aus der an sich natürlichen Auffassung, die Gerichte würden ihrerseits nach Eintritt der Unterbrechung oder Aussetzung keine Prozesshandlungen mehr vornehmen. Aus der Vorschrift des Abs. 3 geht auch hervor, dass die vom Richter vorzunehmenden Prozesshandlungen in der Regel durch die Unterbrechung bezw. Aussetzung betroffen werden da es sonst nicht nöthig gewesen wäre für die nach der Unterbrechung vorzunehmende Verkündung des Urtheils eine Ausnahmebestimmung zu treffen.[3]) Da die in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen nur „der anderen Partei

[1]) V. Puchelt I S. 525; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 277.

[2]) V. auch Seuffert S. 241; von Sarwey I S. 330; Gaupp I S. 561, 562; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 197; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 277. A. M. ist Endemann I S. 640.

[3]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 197; Fitting § 42 S. 138; Gaupp I S. 562. A. M. sind: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 277.

gegenüber" ohne rechtliche Wirkung sind, kann übrigens in den Fällen der §§ 217 ff. nur die „unvertheidigte" Partei diese Ungültigkeit geltend machen. Dagegen ist die betr. Prozesshandlung wirksam wenn sie von dieser Partei nicht angefochten sondern ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt wird. (§ 267.) Auch in anderen Fällen der Aussetzung (z. B. den Fällen der §§ 139 und 140) kann die Partei, welche ungeachtet der Aussetzung eine Prozesshandlung vorgenommen hat, diese nicht als unwirksam anfechten.[1])

3) Bezüglich der in Abs. 3 enthaltenen Vorschrift wurde in den Motiven (463) bemerkt: „Wenn die Entscheidung noch nicht erlassen jedoch die mündliche Verhandlung bereits geschlossen ist, auf welche die Entscheidung ergehen kann, so ist eine weitere Parteithätigkeit nicht erforderlich. Ein diese hemmendes Ereigniss bleibt desshalb einflusslos und hindert die allein noch rückständige Verkündung der Entscheidung nicht." Während diese Ausführung und der darin klar gelegte Grund des Gesetzes sich sowohl auf die Aussetzung als auf die Unterbrechung des Verfahrens bezieht, ist im Gesetz nur davon die Rede, dass die Verkündung der Entscheidung durch die nach dem Schluss einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung nicht gehindert wird. Diese Verschiedenheit des Ausdrucks hat aber keine praktische Bedeutung da die Anordnung der Aussetzung in der Hand des Gerichts liegt und dieses auch den Zeitpunkt des Eintritts derselben zu bestimmen hat. Dem Geist des Gesetzes entspricht es dass in den in Abs. 3 vorgesehenen Fällen die Verkündung des Urtheils durch die Aussetzung des Verfahrens nicht gehindert werde. Auch kann über die Zulässigkeit dieses Verfahrens ein Zweifel nicht entstehen da das Gericht die Aussetzung auch nach der Verkündung des in der Hauptsache ergehenden Urtheils anordnen oder ausdrücklich bestimmen kann, dass dieselbe erst nach dieser Verkündung in Kraft trete.[2])

§ 227.

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

(E. § 219. M. 463. K. 76.)

Entsprechend dem Grundsatz des Parteibetriebs geschieht auch die Wiederaufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens mag sie in der Form einer ausdrücklichen Erklärung oder als blosse Anzeige erfolgen sofern sie nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt wird durch Zustellung eines Schriftsatzes. (M. 463.) Der Vorbehalt bezüglich der Aufnahme

1) V. Seuffert S. 240; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 197; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 277.

2) V. die theilweise abweichenden Ansichten von: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 197; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 278; Seuffert S. 240; Puchelt I S. 526; Endemann I S. 641; von Sarwey I S. 330; Hellmann I S. 616; Gaupp I S. 562, 563.

des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung bezieht sich hauptsächlich auf das Verfahren vor dem Amtsgerichte, in welchem die Parteien nach § 461 ohne Terminsbestimmung und Ladung vor dem Gericht erscheinen und verhandeln können. Es kann aber auch im Anwaltsprozesse in solchen Fällen, in denen bereits ein Termin zur Verhandlung bestimmt war, eine förmliche Zustellung entbehrlich werden z. B. wenn in diesem Termin ein Prozessbevollmächtigter auftritt, der den Tod der ursprünglichen Partei anzeigt aber zugleich eine Vollmacht der Rechtsnachfolger vorlegt. In den Fällen der Aussetzung des Verfahrens ist der Gerichtsbeschluss den Parteien von Amtswegen zuzustellen. Dagegen ist es deren Sache, das Verfahren wieder aufzunehmen und zu betreiben. (Bem. zu §§ 141 und 224.)

§ 228.

Die Parteien können vereinbaren, dass das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluss.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen lässt.

(E. § 220. M. § 463. K. 77.)

1) Die Vorschrift, dass die Parteien das Ruhen des Prozesses vereinbaren können (v. Vorbem. 1), wurde in den Motiven (463) damit gerechtfertigt, dass die Verhandlung über den Rechtsstreit von dem Willen der Parteien abhängig ist und die Gerichte nicht berufen sind, einen Rechtsstreit gegen den Willen der Parteien durch Abgabe eines Urtheils zur Erledigung zu bringen. Durch die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, den Prozess nicht zu betreiben wird übrigens nur das Ruhen nicht das Erlöschen des Verfahrens herbeigeführt. Das dem französischen Recht (Art. 397 ff. C. de pr. c.) eigenthümliche Institut der Peremtion der Instanz, nach welchem die Procedur ihre Kraft verliert wenn ein Prozess während der Dauer von drei bezw. drei und einem halben Jahre, nicht betrieben wurde kennt die C.-P.-O. nicht. (M. a. a. O.) Wenn der Prozess ohne Urtheil beendigt werden soll kann dies vielmehr nur durch Zurücknahme der Klage (§ 243) bezw. durch Vergleich bewirkt werden. Nur für das Mahnverfahren bestehen ähnliche Vorschriften (§§ 637, 640, 641).

2) Die Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle, kann in jedem Stadium des Rechtsstreits getroffen werden und hängt lediglich vom Willen der Parteien ab, der auch für das Gericht massgebend ist. Eine besondere Form ist für dieselbe nicht vorgeschrieben; sie kann also mündlich wie schriftlich erfolgen und sich auch aus schlüssigen Handlungen der Parteien ergeben. Eine stillschweigende Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle, ist nach Abs. 2 anzunehmen wenn in einem für die mündliche Verhandlung festgesetzten Termine beide Parteien ausbleiben. Dagegen kann in Terminen, welche zu anderen Zwecken

stattfinden, das Verfahren, soweit es überhaupt möglich ist, fortgesetzt werden; insbesondere ist die Verkündung der gerichtlichen Entscheidungen (§§ 283 und 294), sowie die Beweisaufnahme (§ 332) von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle, hemmt aber auch diese Thätigkeiten des Gerichts. (M. 463.) Eine Anzeige an das Gericht ist nicht vorgeschrieben und wenn es sich lediglich um eine mündliche Verhandlung handelt auch zur Wirksamkeit der Vereinbarung nicht erforderlich. Dieselbe ist aber durch die Schicklichkeit geboten und muss in den Fällen, in welchen der Richter auch in Abwesenheit der Parteien vorzugehen hat, erfolgen wenn die Vereinbarung Wirkung haben soll. Dass die Anzeige in derartigen Fällen von allen Parteien auszugehen hat, versteht sich von selbst.

3) Solange das Verfahren ruht, hat von Seiten der Parteien wie von Seite des Gerichts jede Prozesshandlung insbesondere jede den Prozessbetrieb betreffende Zustellung zu unterbleiben. Dieser Satz gilt auch für die Offizialthätigkeit des Gerichts z. B. für die Beweisaufnahme und Urtheilsverkündung. Dass das blosse Ausbleiben der Parteien diese Thätigkeit nicht hemmt, hat nicht in einer Unwirksamkeit der Vereinbarung sondern darin seinen Grund, dass dasselbe hier die Annahme einer Vereinbarung nicht rechtfertigt. Insbesondere berechtigt die Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle, zur Annahme, dass die Parteien von ihrer Befugniss, die gesetzlichen und richterlichen Fristen zu verlängern und die festgesetzten Termine aufzuheben (§§ 202 und 205), Gebrauch gemacht haben. Ueber die Dauer des Ruhens entscheidet der Inhalt der Vereinbarung. Wurde verabredet, dass das Verfahren für eine bestimmte Zeit ruhen solle so ist diese Vereinbarung bindend. Es kann keine Partei genöthigt werden, vor Ablauf der festgesetzten Frist in eine Verhandlung einzutreten und ebenso haben Beweisaufnahmen zu unterbleiben. Wurde die Vereinbarung auf unbestimmte Zeit geschlossen, was regelmässig anzunehmen ist sofern eine andere Verabredung nicht nachgewiesen werden kann, so sind die Parteien jederzeit berechtigt, den Betrieb des Prozesses wieder in die Hand zu nehmen und um eine Terminsbestimmung bezw. um Aufnahme des Beweises, Verkündung des Urtheils u. s. w. nachzusuchen. Hinsichtlich der Fristen ist sofern nichts Anderes verabredet wurde anzunehmen, dass ebenso wie im Fall der Unterbrechung oder Aussetzung (§ 226) nach Beendigung des Ruhens die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt.[1]) Dass diejenigen Fristen, deren Verlängerung den Parteien nicht zusteht, also die Nothfristen und die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 202 Abs. 1, 212 Abs. 1 und 3 und 213) ihren Lauf ungeachtet der getroffenen Vereinbarung fortsetzen, ergibt sich aus diesen Vorschriften von selbst. Es darf also daraus, dass dies in § 228 Abs. 1 bezüglich der Nothfristen besonders hervorgehoben wurde, nicht geschlossen werden, dass die Vereinbarung des Ruhens den Lauf der andern Fristen hemme.[2]) Daraus folgt jedoch nicht,

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 279.

[2]) V. Seuffert S. 242; Hellmann I S. 618; Gaupp I S. 564; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 198, 199; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 279. A. M. sind Puchelt I S. 629 und Kleiner I S. 706.

dass diese Vereinbarung in denjenigen Fällen, in denen die Zulässigkeit einer Klage oder eines Rechtsmittels von Einhaltung einer unerstrecklichen Frist abhängt, überhaupt keine Bedeutung hat. Vielmehr können die Parteien auch in solchen Fällen die Verhandlung und Entscheidung verhindern bezw. verschieben. Es kann das Berufungsgericht wenn die Parteien das Ruhen des Prozesses ausdrücklich vereinbaren oder beide im Verhandlungstermine nicht erscheinen nicht die Berufung als verspätet oder unzulässig abweisen sondern muss in diesem Falle jede Entscheidung unterlassen. Erst wenn es zur Verhandlung kommt ist die Frage ob die Nothfrist eingehalten wurde zu prüfen und die unzulässige Berufung dann allerdings auch in dem Falle zurückzuweisen wenn die verspätete Einlegung derselben durch eine nach Erlass des erstrichterlichen Urtheils getroffene Vereinbarung veranlasst worden sein sollte.

4) Da das Ruhen des Verfahrens von der Unterbrechung oder Aussetzung desselben wesentlich verschieden ist und durch dasselbe nur eine thatsächliche Einstellung des Prozesses bewirkt wird, deren Dauer lediglich vom Willen der Parteien abhängt, findet eine förmliche Aufnahme des Verfahrens mit Einhaltung der in §§ 217—227 gegebenen Vorschriften nicht statt. Jede Partei kann vielmehr nach Ablauf der vereinbarten Frist und wenn das Ruhen des Verfahrens auf unbestimmte Zeit verabredet wurde in jedem Augenblick den Prozess in der Weise betreiben, die den Vorschriften der C.-P.-O. entspricht. Wenn hiezu eine mündliche Verhandlung erforderlich ist so ist der Gegner nach vorher erfolgter Terminsbestimmung zur Verhandlung vorzuladen. Befindet sich der Prozess in einem andern Stadium und ist lediglich eine richterliche Handlung z. B. eine Beweisaufnahme, öffentliche Zustellung oder Urtheilsverkündung zur Weiterführung des Verfahrens erforderlich so genügt nach Ablauf der vereinbarten Frist die einfache Erklärung einer Partei, dass sie die Betreibung des Prozesses wünsche, um diese Handlung herbeizuführen. Ja es ist auch eine solche Erklärung nicht erforderlich sondern hat die Thätigkeit des Gerichts von Amtswegen einzutreten wenn dem Gericht von den Parteien angezeigt wurde, das Verfahren solle nur auf eine bestimmte Zeit ruhen.[1])

§ 229.

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

(E. § 221. M. 464. K. 76 u. 77.)

1) Während nach den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. (§ 530) nur gegen solche Entscheidungen, durch welche ein Antrag auf Aussetzung abgelehnt wird,

[1]) So auch Gaupp I S. 565, 566; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 199; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 279.

Beschwerde stattfinden würde räumt § 229 für alle Fälle, in denen die Aussetzung auf Antrag oder von Amtswegen angeordnet wird die Beschwrrde ein. Für den Fall des Ablehnungsgesuchs gibt derselbe die sofortige an eine kurze Nothfrist gebundene Beschwerde (§ 540) als das geeignete Rechtsmittel, „um für den Fortgang des Verfahrens und dessen Rechtsbeständigkeit eine der Rechtskraft ähnliche, unverrückbare Basis zu gewinnen." (M. 464.) Diese Vorschriften beziehen sich nicht bloss auf die Aussetzung, welche auf Grund der §§ 223 und 224 angeordnet oder beantragt wurde sondern auf alle Fälle, in welchen eine derartige Verfügung getroffen wird, sei es dass dieselbe durch die C.-P.-O. oder ein anderes Reichsgesetz oder durch ein nach dem Einf.-Ges. in Kraft verbliebenes Landesgesetz gerechtfertigt wird. (V. M. 461 und §§ 62, 139, 140, 580 C.-P.-O., §§ 13 und 15 Z. 1 E.-G.)

2) Bezüglich der Zulässigheit der Aussetzung wurde in den Motiven (462) hervorgehoben, dass das Gericht dazu selbstverständlich nur in den gesetzlich bestimmten Fällen befugt sei. Auch hat dieser Gedanke im Gesetz insofern Ausdruck gefunden als im § nur von der Aussetzung des Verfahrens gesprochen wird, „welche auf Grund dieses Titels oder anderer gesetzlicher Bestimmungen angeordnet oder abgelehnt wird." Ein Antrag, nach welchem die Aussetzung nur in den in der C.-P.-O. vorgesehenen Fällen zulässig sein sollte, wurde von der J.-K. (76, 77) abgelehnt. Die C.-P.-O. erklärt die Aussetzung des Verfahrens (u. A.) für zulässig in den §§ 62, 39, 140 und 580. Auf Grund landesgesetzlicher Bestimmungen kann die Aussetzung nur dann angeordnet werden wenn dieselben unter die §§ 3 oder 15 E.-G. fallen. Der Fall der Aussetzung des Verfahrens gegen Militärpersonen wird durch die §§ 227 gedeckt. Durch kaiserliche Verordnung kann wohl ein Zustand, der dessen Vorschriften entspricht, geschaffen oder konstatirt, die Aussetzung aber nicht in rechtsverbindlicher Weise befohlen werden, soweit hiezu nicht eine reichsgesetzliche Ermächtigung erfolgt.

ZWEITES BUCH.

Verfahren in erster Instanz.

(§§ 230—471.)

Das zweite Buch, in welchem das Verfahren in erster Instanz geregelt wird, besteht aus zwei Abschnitten, von denen der erste das Verfahren vor den Landgerichten, der zweite das Verfahren vor den Amtsgerichten betrifft. Das Verfahren vor den Landgerichten ist ausführlich behandelt und dient dem Verfahren vor den Amtsgerichten im Allgemeinen zum Vorbild. Die Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten enthalten nur die Abweichungen und Besonderheiten, welche für das Verfahren bei diesen Gerichten bestehen. Im Uebrigen wird (in § 456) auf das landgerichtliche Verfahren Bezug genommen.

ERSTER ABSCHNITT.

Verfahren vor den Landgerichten.

(§§ 230—455.)

I. Vorbemerkungen.

Der erste Abschnitt zerfällt in zwölf Titel. Titel I regelt das Verfahren bis zum Urtheil, auf das sich übrigens auch die allgemeinen Bestimmungen (§§ 119—229) beziehen. Der zweite Titel handelt von dem Urtheil selbst, der dritte vom Versäumnissverfahren insbesondere vom Versäumnissurtheil und dem Einspruch gegen dasselbe. Der vierte Titel regelt das für besonders verwickelte Sachen vorgesehene vorbereitende Verfahren. Die Titel V—XII betreffen den Beweis und zwar sind in Titel V die allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufnahme, in den Titeln VI—XII die besonderen Vorschriften über die einzelnen Beweismittel enthalten, während Titel XII von der Sicherung des Beweises handelt.

Für die systematische Anordnung des ersten Abschnitts war die Erwägung massgebend, dass:

1) das Verfahren durch das Gebot der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen beherrscht wird,

2) der Beweisbeschluss die Bedeutung einer prozessleitenden Verfügung hat,

3) die Beweisaufnahme einen Theil des Verfahrens bildet,

4) das mit der Erhebung der Klage beginnende Verfahren hiernach erst durch das Endurtheil geschlossen wird. (M. 464.)

II. Verhältniss zwischen den Civilkammern und den Kammern für Handelssachen.

In den Prozessen, welche vor die Kammer für Handelssachen (§§ 100 ff. G.-V.-G.) gehören, findet dasselbe Verfahren statt wie in den Rechtsstreitigkeiten, die den gewöhnlichen Civilkammern zugewiesen sind. Insbesondere gelten auch hier die Vorschriften über die Vertretung durch Prozessbevollmächtigte, den Zwang, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen (§§ 74 ff.), die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze (§§ 120 ff.), die Verpflichtung der unterliegenden Partei die Anwaltskosten zu ersetzen u. s. w..

Während in dem Gebiete des französischen Rechts bezüglich des Verfahrens vor den Civilgerichten und vor den Handelsgerichten grosse Verschiedenheiten vorliegen, kennt die C.-P.-O. solche nicht. Es besteht vielmehr, wenn man von der in § 102 G.-V.-G. enthaltenen besonderen Vorschrift über die Einlassungsfrist absieht, bloss ein Unterschied in der Zusammensetzung des Gerichts, das in der Kammer für Handelssachen aus einem Mitgliede des Landgerichts oder einem Amtsrichter als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern, die ihr Amt als Ehrenamt versehen, gebildet wird. (§§ 109—111 G.-V.-G.) Welche Sachen vor die Kammer für Handelssachen gehören bezw. vor derselben zur

Verhandlung gebracht werden können und in welchen Fällen Sachen, die vor die Kammer für Handelssachen gebracht wurden, vor die Civilkammer verwiesen werden können und umgekehrt, ist in den §§ 101—108 G.-V.-G. geregelt. [1]) Bei der Geschäftsvertheilung unter die Civilkammern und die Kammern für Handelssachen handelt es sich nicht um Zuständigkeit oder Unzuständigkeit im Sinne der §§ 1—11 oder §§ 12 ff. der C.-P.-O. Desshalb sind diese §§ ebensowenig wie die Vorschriften über Vereinbarung (§§ 38—40) für die Fragen massgebend ob eine Sache mit Recht vor die eine oder die andere Kammer des Landgerichts gebracht wurde und ob dieselbe vor dieser zu verhandeln oder vor eine andere Kammer zu verweisen ist. Diese Fragen sind vielmehr lediglich nach den Bestimmungen des G.-V.-G. zu entscheiden. Wird die Zuständigkeit des L.-G. überhaupt bestritten ausserdem aber geltend gemacht, es habe in keinem Falle die Kammer für Handelssachen zu entscheiden so hat diese sich zunächst mit der Frage zu befassen ob die Klage vor sie gehört. Wird diese Frage verneint so hat die Kammer für Handelssachen die Sache nach § 103 G.-V.-G. an die Civilkammer zu verweisen und dieser die Entscheidung über die Einrede der Unzuständigkeit zu überlassen. [2])

Erster Titel.

Verfahren bis zum Urtheil.

§ 230.

Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muss enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag;
3. die Ladung des Beklagten vor das Prozessgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.

In der Klageschrift soll ferner der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt.

[1]) Bezüglich der Auslegung dieser §§ v. man die ausführlichen Erörterungen in Kellers Kommentar zum Gerichtsverfassungs-Gesetz S. 125 ff.

[2]) V. O.-L.-G. Dresden 18. Juni 1880, Annalen Bd. II S. 150 ff.

Ausserdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung.

(E. § 222. M. S. 464 ff. K. 77 und 78.)

I. Erhebung der Klage. Nothwendigkeit eines Schriftsatzes und Inhalt desselben im Allgemeinen.

Die Erhebung der Klage, durch welche nach § 235 die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet wird, erfolgt in der Regel durch Zustellung eines Schriftsatzes nämlich der Klageschrift. Nur im Verfahren vor den Amtsgerichten ist es den Parteien gestattet, ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht zu erscheinen und den Rechtsstreit zu verhandeln und es erfolgt in solchen Fällen die Erhebung der Klage durch den mündlichen Vortrag derselben. (§§ 461 und 471.) Die Klageschrift hat zunächst einen bestimmenden Charakter, indem durch sie dem Rechtsstreit seine Grundlage gegeben wird. Sie dient aber zugleich zur Vorbereitung der Verhandlung. Es finden desshalb die Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze (§§ 120 ff.) auf sie Anwendung. Mit Rücksicht auf den bestimmenden Charakter der Klageschrift wurden in Abs. 2 des § (Nr. 1—3) die wesentlichen Bestandtheile derselben („muss") festgestellt. (M. 464, Bem. 1 zu § 120.)

II. Wesentliche Bestandtheile der Klageschrift.

1) Die Bezeichnung der Parteien muss so bestimmt sein, dass über deren Identität kein Zweifel obwalten kann. (M. 464.) Es ist desshalb in der Regel der Vorname, Familienname und Wohnort aller Parteien sowie deren Stand oder Gewerbe anzugeben. Diese Angabe genügt aber auch. Wenn mehrere Personen desselben Namens und Standes an demselben Orte existiren kann noch eine nähere Bezeichnung erforderlich sein. Ein Mangel der einen oder anderen Angabe kann aber nichts schaden wenn kein Zweifel darüber besteht, um welche Person es sich handelt. (n. Pr. II S. 529.) Ist eine der Parteien nicht prozessfähig so ist auch deren gesetzlicher Vertreter genau zu bezeichnen und ebenso ist im Anwaltsprozess der Name des vom Kläger aufgestellten Anwalts anzugeben, da die im Prozess erforderlichen Zustellungen an diesen zu geschehen haben. (§ 162 und Bem. zu § 121.)

Die Bezeichnung des Gerichts kann keine Schwierigkeiten machen. Soll die Sache vor die Kammer für Handelssachen gebracht werden so ist dies nach § 103 G.-V.-G. in der Klageschrift ausdrücklich zu beantragen.

2) Der Gegenstand, auf den sich der erhobene Ausspruch bezieht, muss in der Klageschrift bestimmt d. h. in einer solchen Weise bezeichnet werden, dass der Gegner und das Gericht daraus ersehen, worum es sich handelt und eine Verwechslung ausgeschlossen ist. Bei Grundstücken wird sich eine genaue Bezeichnung mit Angabe der Gemeinde, der Kataster- bezw. Grundbuchs- oder Hausnummer, des Flächenmasses, der Art der Bewirthschaftung (Acker, Wiese. Weinberg u. s. w.) und der Nachbarn empfehlen. Doch ist keine von diesen Angaben unbedingt erforderlich. Vielmehr genügt es, dass Zweifel über die

Identität ausgeschlossen sind. Bei Grunddienstbarkeiten muss das herrschende, wie das dienende Grundstück genau bezeichnet werden.

3) Der „Grund des erhobenen Anspruchs" ist nichts Anderes, als der in § 240 erwähnte Klagegrund." [1]) Dieser Klagegrund, der bezüglich der Klageänderung wie bezüglich der Fragen der Rechtshängigkeit und Rechtskraft massgebend ist, muss in der Klageschrift angegeben werden, damit über die Grundlage des Prozesses kein Zweifel besteht. Was unter diesem Klagegrund im Sinne der C.-P.-O. zu verstehen ist, kann nicht aus dem bürgerlichen Recht entnommen werden, in dem es sich wenn vom Klagegrund oder den „Klagethatsachen" gesprochen wird um ganz andere als die im Prozessrecht in Betracht kommenden Fragen handelt. Vielmehr ist die Frage, welche auf die Begründung der Klage bezüglichen Angaben bereits in der Klageschrift zu erfolgen haben und in dieser erfolgen müssen, lediglich nach den Vorschriften der C.-P.-O. zu beantworten. Es verhält sich in dieser Beziehung nicht anders als hinsichtlich der Fragen, wann eine Klageänderung vorliegt, wann die Einrede der Rechtshängigkeit begründet ist u. s. w. [2]) Was unter dem „Grund des erhobenen Anspruchs" zu verstehen ist, muss zunächst aus dem Wortlaut der §§ 121 und 230, deren Bestimmungen zu vergleichen sind, sodann aus dem Grund und Zweck der Vorschrift des § im Zusammenhang mit den Bestimmungen der §§ 235, 240 und 293 entnommen werden. Daraus ergibt sich aber, dass unter dem Klagegrund oder dem Grund des erhobenen Anspruchs nichts anderes zu verstehen ist als das Rechtsverhältniss, welches der Klage zu Grund liegt, aus dem der erhobene Anspruch abgeleitet wird. Nach § 121 „sollen" in der Klageschrift die zur Begründung oder Substantiirung der Klage erforderlichen Thatsachen angegeben werden, d. h. es soll dieselbe die sogen. „Geschichtserzählung" enthalten. Nach § 230 „muss" dagegen der erhobene Anspruch in der Klageschrift seinem Gegenstand wie seinem Grund nach genau bezeichnet oder bestimmt werden, und zwar derart, dass kein Zweifel darüber bestehen kann, was der Kläger verlangt und auf welche causa er den Anspruch gründet. Es wird m. a. W. die „Individualisirung" des Anspruchs verlangt, damit feststeht, welcher Anspruch durch die Klage rechtshängig und in Beziehung auf welchen Anspruch durch die endgültige Entscheidung die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet wird. Dieses Rechtsverhältniss (die causa petendi oder das fundamentum actionis) ist dann auch für die Beurtheilung der Fragen entscheidend ob wegen desselben Anspruchs bereits ein anderer Prozess anhängig ist bezw. ob es sich in zwei in Frage stehenden Prozessen um ein und dieselbe causa handelt. Ebenso kommt es auf die Identität dieses Rechtsverhältnisses bei der

[1]) V. die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschr. für deutschen Civilprozess J. III S. 385 ff. insbesondere S. 387, 388; ferner Struckmann-Koch III. Aufl. S. 201; von Sarwey Bd. I S. 336; Gaupp Bd. II S. 4; von Bülow S. 150.

[2]) V. die oben erwähnte Abhandlung des Verfassers S. 392 ff., ferner: Savigny, System Bd. VI S. 533; Windscheid, Pandekten § 130 Anm. 6; Unger öster. Privatrecht Bd. II S. 448; Förster, preuss. Privatrecht § 50 Bd. I S. 240. Wach, Vorträge S. 17; Gaupp Bd. II S. 4. A. M. sind. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 201; Seuffert S. 246 ff.; Endemann Bd. II S. 8; Hellmann Bd. II S. 4 ff.; Kleiner Bd. II S. 5.

Frage an ob die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet ist d. h. ob in beiden Prozessen „eadem causa" in Frage steht.[1]) In den Motiven (S. 464) wurde zwar bemerkt, den „Grund des erhobenen Anspruchs" oder den Klagegrund bildeten „diejenigen Thatsachen, welche nach Massgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtserzeugenden Thatsachen." Der in dieser Bemerkung enthaltenen Verweisung auf das bürgerliche Recht kann aber nach Wortlaut und Grund des Gesetzes ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden. Es kann dies um so weniger geschehen als sich der Sinn der in Frage stehenden Vorschriften in klarer Weise aus deren Zusammenhang und Zweck ergibt und der Verfasser der Motive offenbar den Zusammenhang zwischen § 230 und den §§ 240 und 293 und den Unterschied zwischen den im Civilrecht als Klagegrund bezeichneten „Klagethatsachen" und dem die Klage individualisirenden Rechtsverhältniss nicht gehörig gewürdigt hat. Aus dem Begriff des Klagegrundes ergibt sich, dass die Frage, ob bei dinglichen Klagen der Erwerbsgrund angegeben werden „muss", zu verneinen ist.[2]) Diese Frage ist übrigens in jedem Falle nach den Vorschriften der C.-P.-O., nicht nach denen des bürgerlichen Rechts. zu entscheiden.[3])

3) Der Antrag des Klägers, oder das von demselben gestellte Begehren (§ 121 Bem. 3.) muss bestimmt sein d. h. es muss sich aus demselben genau ersehen lassen, welches Urtheil der Kläger vom Gerichte begehrt. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass alternative oder eventuelle Anträge gestellt werden.

4) Bezüglich der in Abs. 2 Nr. 3 vorgeschriebenen Ladung des Beklagten sind die §§ 191 und 192 massgebend. Mit der Ladung, welche in die Klageschrift selbst aufgenommen werden muss (Bem. 3 zu § 191), ist hienach in Anwaltsprozessen die Aufforderung an den Gegner zu verbinden, einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

5) In den Motiven wurde (464) bemerkt: „Fehlt es der Klageschrift an einem der wesentlichen Bestandtheile, so können die Wirkungen, welche die C.-P.-O. an die Erhebung der Klage knüpft, nicht eintreten; ebensowenig kann gegen den nicht erschienenen Beklagten auf Antrag des Klägers ein Versäumniss-

[1]) V. hiezu die mehrerwähnte Abhandlung des Verfassers S. 389 ff., 400 ff. und 409 ff.; ferner Siebenhaar S. 241 ff.; Wach Vorträge S. 17 ff.

[2]) V. die Abhandlung in Busch's Zeitschrift S. 415 ff. Dort ist auch dargelegt, dass die in Frage stehenden Vorschriften der C.-P.-O. aus früheren Entwürfen stammen und dass man bei deren Aufstellung weit davon entfernt war, den Klagegrund der C.-P.-O. mit den Klagethatsachen des bürgerlichen Rechts zu identificiren, vielmehr unter dem Klagegrund das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältniss verstand.

[3]) V. hiezu Siebenhaar S. 241 ff.; von Sarwey I S. 237; Wach, Vorträge S. 15 ff. bes. S. 21 ff., sowie die Abh. in Busch's Zeitschrift S. 413 ff. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 202; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 288; Puchelt Bd. II. S. 5; Endemann Bd. II S. 8; Hellmann Bd. II S. 5; von Bulow S. 150; Gaupp Bd. II. S. 5. Dass bezüglich der Frage das bürgerliche Recht massgebend sei, behaupten: Seuffert S. 246 und Kleiner Bd. II S. 6 und 7.

urtheil erlassen werden." Letztere Bemerkung erscheint nach § 300 Nr. 2 als zutreffend. Bezüglich der Fälle, in denen der Beklagte der mangelhaften Ladung Folge gegeben hat, ist dagegen zu beachten, dass die Mängel der Klage nachträglich verbessert werden können (§ 240) und dass dieselben auch gedeckt werden wenn der Gegner es unterlassen hat, den Mangel rechtzeitig zu rügen. (§ 267.) Ist das Eine oder das Andere geschehen so wird durch die Klage wenn auch den Vorschriften des § 230 nicht genügt wurde immerhin die Rechtshängigkeit begründet und es kann sich nur fragen ob dieselbe erst im Augenblick der Klageverbesserung bezw. des Verzichts auf die Geltendmachung des Mangels eingetreten oder von Zustellung der Klage an wirksam ist. Im Falle eines Verzichts auf die Geltendmachung des Mangels wird da dieser vollständig gedeckt wird die Zustellung der Klage entscheidend sein, in Fällen der Verbesserung dagegen die Zeit, zu der diese erfolgt und sonach der Mangel gehoben worden ist. [1])

III. Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze und Angabe des Werthes.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klageschrift zugleich den Vorschriften des § 121 entsprechen. Soweit lediglich eine dieser Vorschriften missachtet wurde treten jedoch nicht die in Bem. II. 4 erwähnten Folgen ein und wird dadurch insbesondere der Erlass eines Versäumnissurtheils nicht gehindert. Nur bezüglich der in § 121 Nr. 6 verlangten Unterschrift des Anwalts verhält es sich anders, weil hier zugleich § 74 eingreift und die Klageschrift wenn sie berücksichtigt werden soll von einem Anwalt eingereicht werden muss. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (464) bemerkt: „Die Nothwendigkeit der Unterschrift durch den Anwalt des Klägers ergibt sich aus dem Begriffe des Anwaltsprozesses von selbst. Die Vorschrift des § 74 Abs. 1 ist so generell gehalten, dass sie die Vertretung der Partei durch einen Anwalt nicht nur in der mündlichen Verhandlung, sondern auch in dem prozessualischen Verkehre der Parteien ausserhalb der mündlichen Verhandlungen umfasst. Trotz der nur instruktionellen Bestimmung des § 121 Nr. 6 erschien die essentielle Bedeutung der Unterschrift des Anwalts als so selbstverständlich, dass der Entwurf glaubte, von einer dessfallsigen Vorschrift absehen zu können." Es geht dies aber insofern zu weit, als unter allen Umständen die **Unterschrift** des Anwalts verlangt wird. Fehlt diese, steht es aber in anderer Weise fest, dass die Klageschrift von dem in derselben angegebenen Anwalt herrührt, so ist den Anforderungen des § 74 genügt. (Bem. 6 zu § 121.) [2])

Eine bloss instruktionelle Bedeutung hat die in Abs. 3 des § gegebene Vorschrift, nach welcher der Werth des Streitgegenstandes angegeben werden soll wenn er für die Zuständigkeit des Gerichts von Bedeutung ist. Ein Antrag,

[1]) V. auch Seuffert S. 249; Hellmann Bd. II S. 9. A. M. sind Gaupp Bd. II S. 3 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 286 ff.

[2]) V. auch Puchelt II S. 4; Hellmann II S. 10. A. M. sind: Endemann II S. 10; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 111 und 203; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 289/290; Wach, Vorträge S. 61.

die Angabe des Werthes in allgemeiner Weise vorzuschreiben wurde von der J.-K. (Pr. 77, 78) abgelehnt.

§ 231.

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältniss oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

(E. § 223. M. 464 ff. K. 78.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

An sich ist es Aufgabe des materiellen Rechts, die Voraussetzungen, unter denen eine Klage erhoben werden kann, zu bestimmen. Desshalb ist die Frage ob und inwieweit Klagen auf Feststellung gestattet sind in der Regel im Civilgesetzbuch nicht in der C.-P.-O. geregelt. In § 231 wird die Zulässigkeit solcher Klagen gesetzlich anerkannt. Massgebend war hierbei in erster Linie das praktische in vielen Fällen hervortretende Bedürfniss, den Bestand eines Rechtsverhältnisses bevor noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden festzustellen. (M. 464 und 465.) Ausserdem waren prozessuale Erwägungen von entscheidendem Einfluss. In den Motiven (465) wurde insbesondere hervorgehoben:

a. dass § 231 die Provokation „ex lege Diffamari, und „ex lege sie contendat" überflüssig mache und die C.-P.-O. desshalb von der Aufstellung eines besonderen Provokationsprozesses Umgang nehmen und sich im 9. Buch (§§ 823 bis 850) auf die Normirung des Aufgebotsverfahrens gegen unbestimmte Gegner beschränken könne;

b. dass die Regelung der Lehre vom Umfang der Rechtskraft der Urtheile, welche in der C.-P.-O. erfolgen müsse, nur erreichbar sei wenn man von der Zulässigkeit der Feststellungsklagen ausgehen dürfe;

c. dass die Einräumung einer Klage auf Feststellung der Echtheit bezw. Unechtheit von Urkunden das in vielen deutschen Staaten geltende Exemplifikationsverfahren ebenso wie die besonderen Vorschriften des französischen Rechts hinsichtlich der Verifikation von Privaturkunden und der Fälschung von öffentlichen Urkunden überflüssig mache.

Ein Antrag, den § zu streichen weil derselbe nicht dem Prozessrecht sondern dem Civilrecht angehöre und in der vorliegenden allgemeinen Fassung die Grundlage des civilrechtlichen Klagensystems zu alteriren drohe, wurde in der J.-K. (78) abgelehnt. Gegenstand der im § 231 vorgesehenen Klagen ist übrigens nur die Feststellung durch das Gericht, nicht die Anerkennung durch den Gegner. Ob nach den Feststellungsklagen der C.-P.-O. noch Klagen auf

Anerkennung eines Rechtsverhältnisses durch den Gegner zulässig sind, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. [1])

II. Voraussetzungen der Anwendung des §.

1) Die Klage auf Feststellung wird durch die C.-P.-O. nach zwei verschiedenen Richtungen gestattet einmal soweit es sich um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und dann soweit es sich um Echtheit oder Unechtheit von Urkunden handelt. Als Rechtsverhältniss erscheint jedes rechtlich bestimmte Verhältniss einer Partei zu einer Person oder Sache. Ob dasselbe dinglicher oder obligatorischer Natur ist kommt nicht in Betracht. Dass der Besitz als ein Rechtsverhältniss im Sinne des § anzusehen sei, wurde bei Aufstellung des Entwurfs als selbstverständlich angesehen und desshalb nicht besonders zum Ausdruck gebracht. (M. 465.) Das Bestehen oder Nichtbestehen einer Thatsache kann nur soweit es sich um die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde handelt zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden. [2]) Bei dieser Klage, welche von der auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses ihrer Natur nach verschieden ist indem dabei nicht über einen Rechtsanspruch sondern über das Vorhandensein eines Beweismittels gestritten wird, werden Urkunden im Sinne der C.-P.-O. insbesondere im Sinne der §§ 380 ff. vorausgesetzt. Jedoch kommt nichts darauf an ob die Urkunde eine öffentliche oder Privaturkunde ist und ob dieselbe lediglich als Beweismittel dient oder als Trägerin des Rechtsverhältnisses selbst erscheint.

2) Damit eine der im § aufgezählten Klagen zulässig ist, wird vorausgesetzt, dass der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses bezw. der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde hat. Ein solches liegt vor wenn das Interesse in den Rechtsverhältnissen des Klägers seinen Grund hat. (Bem. 3 zu § 63.) Ausserdem wird vorausgesetzt, dass eine Berechtigung oder Verpflichtung des Klägers gegenüber dem Beklagten den Gegenstand der Feststellung bildet. Das rechtliche Interesse bildet nicht den Klagegrund sondern die Voraussetzung der prozessualischen Zulässigkeit der Feststellungsklage. [3]) Eine Bestimmung des Inhalts, dass die Klage auf Feststellung auch bei noch nicht fälligen oder bei bedingten Forderungen stattfinde, wurde als überflüssig angesehen. (M. 465.) Das rechtliche Interesse des Klägers kann ein sehr verschiedenes sein. Es muss jeder vermögensrechtliche oder sonstige Nachtheil, den die über das Bestehen des Rechtsverhältnisses bezw. die Echtheit der Urkunde vorhandene Ungewissheit mit sich bringen kann ja jede mit derselben verbundene ernstliche Gefahr genügen, um die Anstellung einer Feststellungsklage zu rechtfertigen. In den

[1]) V. auch Löning in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 187 ff., insbes. S. 190.

[2]) V. auch R.-G. 18. Okt. 1880, d. Juristenzeitung J. V. S. 71 ff. Dort wurde erkannt, eine Klage auf Anerkennung, dass K. innerhalb der Konzeptionszeit mit B. den Beischlaf nicht vollzogen habe, sei nach § 231 nicht zulässig.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 204; Schultze, das Konkursrecht in seinen jur. Grundlagen S. 150; Löning, in der Zeitschrift f. d. Civilprozess Bd. IV S. 66.

meisten Fällen wird eine derartige Klage dann erfolgen wenn ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung wegen Mangels der Fälligkeit oder einer schwebenden aufschiebenden Bedingung noch nicht geltend gemacht werden kann und über die Existenz der Forderung Zweifel bestehen oder wenn eine eigentliche Verletzung eines dinglichen Rechts zwar nicht vorliegt wohl aber dieses bestritten wird und ein Prozess in sicherer Aussicht steht. Ferner wird die Klage häufig darin ihren Grund haben, dass über die Dauer eines Rechtsverhältnisses (z. B. einer Miethe u. s. w.) oder über die Auslegung eines Vertrags Streit besteht, die praktischen Folgen der Differenzen sich aber zur Zeit noch nicht geltend machen. Aber es ist einer Partei auch dann gestattet, vorerst nur eine Entscheidung über das Bestehen des Rechtsverhältnisses oder die Echtheit der Urkunde zu beantragen wenn ihr zwar eine Klage auf Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung oder zu Schadenersatz zu Gebot steht sie aber ein Interesse daran hat, zunächst nur die für einen derartigen vielleicht sehr langwierigen und kostspieligen Prozess präjudizielle Entscheidung über das Bestehen des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses oder über die Echtheit der hierüber entscheidenden Urkunde herbeizuführen. [1]) Die Gefahr, ein Beweismittel zu verlieren kann nicht bloss die Klage auf Anerkennung einer Urkunde sondern eine solche auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses rechtfertigen. Es kann sich zwar der Kläger zur Sicherung des Beweises durch Augenschein sowie durch Zeugen und Sachverständige auch des in den §§ 447—455 geregelten Verfahrens bedienen. Aber es kann wohl ein rechtliches Interesse bestehen, statt dieses Weges den der Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses zu betreten insbesondere wenn von dem dermaligen Gegner ein freiwilliges Geständniss zu erwarten ist oder ein solches voraussichtlich durch Eideszuschiebung erzwungen werden kann, einem etwaigen Rechtsnachfolger gegenüber aber diese Mittel versagen würden. Eine ausdrückliche Bestreitung des in Frage stehenden Anspruchs oder die Berühmung, welche nach gemeinem Recht eine Provokationsklage rechtfertigen würden, werden in der Regel genügen, um das rechtliche Interesse an der Feststellungsklage darzuthun. Doch kann ein solches auch dann vorliegen wenn keine ausdrückliche Bestreitung oder Berühmung vorgekommen ist, der Kläger aber ein Interesse daran hat, sich einen Beweis für das Bestehen oder Nichtbestehen des Reshtsverhältnisses bezw. die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde zu verschaffen. Hat der Beklagte durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben und den klägerischen Anspruch sofort anerkannt so können dem Kläger nach § 89 die Prozesskosten auch dann zur Last gelegt werden wenn er obsiegt. Immerhin wird aber vorausgesetzt, dass das Interesse des Klägers ein berechtigtes ist und sich lediglich auf die Feststellung des betr. Rechtsverhältnisses erstreckt. Es ist sonach die Klage zurückzuweisen wenn sich der Kläger (wie es unter der Herrschaft des

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 205; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 293; Gaupp II. S. 12; Weismann, die Feststellungsklagen S. 158; ferner R.-G. 27. Mai 1881, jur. Zeitschr. für E.-L. J. VI S. 331. A. M. sind: Seuffert S. 254 und von Bülow S. 152.

französ. Rechts vorkommen kann) bloss eine gerichtliche Hypothek bezüglich des unbestrittenen Rechts verschaffen will, auf die er keinen Anspruch hat. (V. Bem. IV. 2.)[1]) Dasselbe ist der Fall wenn der Kläger sich lediglich eine Urkunde über das bestrittene Rechtsverhältniss verschaffen und so den Beklagten unnöthiger Weise in verschiedene Prozesse verwickeln will.[2]) Welches auch das rechtliche Interesse des Klägers sein mag, so muss dasselbe immer dem Gerichte nachgewiesen werden. Nach dem Vorgang der badischen Prozess-Ordnung (§ 256) die Feststellung ohne Vorhandensein eines solchen Interesses in dem Falle zu gestatten, „wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt" wurde absichtlich unterlassen. (M. 465.)

Ob ein genügendes rechtliches Interesse vorliege, ist nach richterlichem Ermessen unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse zu entscheiden. Dass die Klage auf Anerkennung auch subsidiarisch für den Fall, dass der Antrag auf Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung zurückgewiesen wird, gestellt werden kann ist unzweifelhaft. Ja es kann wenn diese Zurückweisung befürchtet wird die Klage auf Feststellung (nach § 253) im Laufe des Prozesses erhoben werden wenn in diesem das Rechtsverhältniss streitig geworden ist.

3) In der Mehrzahl der Gesetzgebungen und Entwürfe, welche sich mit der Feststellungsklage beschäftigen, ist gesagt, dass dieselbe „ohne vorausgegangene Rechtsverletzung" Platz greife. In die C.-P.-O. wurde jedoch eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen. (M. 465.) Dass ein besonderer „Anspruch auf Feststellung" bestehen und verletzt sein muss, wie in den Motiven behauptet wird, ist nicht als richtig anzuerkennen. Die einzige Voraussetzung der Feststellungsklage ist das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses bezw. der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde.[3]) Jedenfalls muss die Verletzung des Anspruchs auf Feststellung, von der in den Motiven die Rede ist und unter der nur eine Bestreitung oder Berühmung bezw. die Unterlassung einer freiwilligen Anerkennung verstanden werden kann, von der Verletzung des streitigen Anspruchs wohl unterschieden werden. Auch kann wenn ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses u. s. w. vorliegt die Klage nicht desshalb abgewiesen werden weil der Gegner keinen Anlass gegeben hatte, die Bestreitung vorauszusetzen. Vielmehr kann in diesem Falle nur § 89 zur Anwendung kommen. (V. Bem. zu diesem §.)[4])

III. Zuständigkeit des Gerichts.

Da § 231 bezüglich der Gerichte, welche über die Feststellungsklage zu entscheiden haben, keine besondere Vorschrift enthält müssen die allgemeinen Bestimmungen des G.-V.-G. und der C.-P.-O. über die Zuständigkeit auch hier

[1]) So erkannte das bad. Oberhofgericht am 12. Juni 1855 und 15. Sept. 1865. Annalen der bad. Gerichte Bd. 22 S. 295 ff. und Bd. 31 S. 249 ff.

[2]) V. R.-G. 3. Mai 1881, Entscheid. Bd. IV. S. 437.

[3]) V. auch Löning in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 186 ff.

[4]) V. noch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 205; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 291, 292.

Anwendung finden. Soweit die sachliche Zuständigkeit in Frage steht ist das von dem Kläger gestellte Begehren entscheidend. Im Uebrigen steht dem Kläger nach § 35 zwischen mehreren zuständigen Gerichten die Wahl zu, und kann derselbe sofern nicht ein ausschliesslicher Gerichtsstand für die betr. Klage angeordnet ist sowohl im allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12 ff.) als bei denjenigen Gerichten klagen, bei denen ein besonderer Gerichtsstand des Beklagten begründet ist. In den Motiven (465) wurde bemerkt: „Wenn der Anspruch auf Feststellung als ein aus dem Rechtsverhältniss selbst originirender Anspruch aufzufassen ist, so ergibt sich ohne Weiteres, dass für die Klage auf Feststellung dasjenige Gericht zuständig sein muss, vor welchem aus dem Rechtsverhältnisse selbst geklagt werden kann — und dieselbe Kompetenz ist für die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde begründet. Zum Ausdruck ist diese Konsequenz in § 29 gelangt; die Aufführung der einzelnen, in foro contractus zulässigen Klagen gebot auch, der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags ausdrücklich zu gedenken.“ Diesen Ausführungen kann aber nicht beigepflichtet werden. Die Auffassung, dass der Anspruch auf Feststellung ebenso wie der auf eine bestimmte Leistung aus dem betr. Rechtsverhältnisse erwachse, ist überhaupt nicht zutreffend [1], passt aber insbesondere dann nicht wenn es sich um die Echtheit einer Urkunde handelt. Bezüglich der Zuständigkeit kommt es nicht darauf an, in welchem Rechtsverhältniss eine bestimmte Klage ihren Grund hat sondern welches Begehren gestellt wird. (V. Bem. II. 1 zu § 21 und Bem. II. zu § 25). Wird die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eigenthumrechts, einer dinglichen Belastung u. s. w. beantragt, so ist allerdings der Gerichtsstand des § 25 begründet und ebenso sind die §§ 28 und 29 massgebend wenn das Bestehen eines Erbrechts, eines Vertrags u. s. w. den Gegenstand der Feststellungsklage bildet. Wird die Feststellung der Echtheit einer Urkunde verlangt, so ist dagegen nicht ohne Weiteres anzunehmen, dass die Klage im dinglichen Gerichtsstand erhoben werden muss wenn aus derselben ein Eigenthumsanspruch u. s. w. abgeleitet werden kann selbst wenn feststeht, dass ein solches Recht geltend gemacht werden soll. Ebenso wenig ist die Vereinbarung bezüglich des Gerichtsstands durch § 40 Abs. 2 ausgeschlossen wenn die in Frage stehende Urkunde als Beweismittel für ein Familienverhältniss dienen soll. Es kann in solchen Fällen wenn die Echtheit der Urkunde festgestellt ist auf Grund des Eigenthums und einer Verletzung desselben ebensowohl ein Anspruch auf Entschädigung oder auf Grund der festgestellten Vaterschaft ein Anspruch auf Gewährung von Unterhalt abgeleitet als unmittelbar auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses geklagt werden und es fällt der die spätere Klage vorbereitende oder ein Beweismittel verschaffende Anspruch keineswegs zusammen mit dem Anspruch, der mit Hülfe der Urkunde geltend gemacht werden kann vielleicht aber gar nicht geltend gemacht wird. [2])

[1]) V. auch Windscheid Pandekten § 45.

[2]) V. auch: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 293; Endemann II S. 16; Hellmann II S. 17, 18; von Sarwey I S. 344; Gaupp II S. 14, 15. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 205, 206; Seuffert S. 256 und 258 und von Bülow S. 151.

IV. Inhalt und Wirkungen der Feststellungsklage.

1) Der Inhalt der Feststellungsklage und das mittels derselben gestellte Begehren muss verschieden sein je nachdem es sich um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder um die Echtheit einer Urkunde handelt und je nachdem die Existenz eines Rechtsverhältnisses bezw. die Echtheit einer Urkunde festgestellt werden oder erkannt werden soll, dass das Rechtsverhältniss nicht bestehe bezw. die Urkunde unecht sei. Für die Behandlung der Klage ist es aber einerlei, ob der Inhalt derselben ein positiver oder negativer ist. Die Beweislast fällt nicht dem Kläger als solchem sondern demjenigen zu, der das Bestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Echtheit einer Urkunde behauptet. (M. 465.)

2) Das auf die Feststellungsklage ergangene Urtheil ist der Rechtskraft fähig, welche jedoch regelmässig auf die Parteien beschränkt ist. Auch wird durch die Feststellungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit begründet. Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache steht sowohl dann zu wenn die Feststellung erfolgte als dann wenn die Klage abgewiesen wurde weil das Rechtsverhältniss bestehe oder nicht bestehe oder die Urkunde echt oder unecht sei. Dagegen liegt eine der Rechtskraft fähige Entscheidung in der Sache selbst dann nicht vor wenn die Klage zurückgewiesen wurde weil das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung fehle. Das Urtheil, durch welches ein Rechtsverhältniss bezw. die Echtheit einer Urkunde festgestellt wurde, hat alle diejenigen Wirkungen, welche nach dem bürgerlichen Recht mit einer gerichtlichen Anerkennung verbunden sind. Nach französischem Recht begründet die Anerkennung eines Forderungsrechts auch wenn die Forderung noch nicht fällig ist und ebenso die Feststellung der Echtheit einer Schuldverschreibung eine gerichtliche Hypothek und gibt das Recht, diese durch Einschreibung zu wahren. (Art. 2123 C. c.) Wurde in dem Urtheil lediglich die Echtheit der Unterschrift auf einer Urkunde anerkannt, so kann aber nach dem Gesetze vom 3. Sept. 1807 die Einschreibung auf Grund des Urtheils erst dann genommen werden wenn die Schuld nach eingetretener Fälligkeit nicht bezahlt oder das Gegentheil verabredet worden ist. [1])

3) Einen vollstreckbaren Titel zur Erzwingung bestimmter Leistungen bildet das Feststellungsurtheil nicht da die Verpflichtung zur Vornahme derselben nicht Gegenstand des Prozesses war und nicht festgestellt wurde, in welcher Weise und zu welcher Zeit die Leistung verlangt werden kann. Selbst wenn es sich um Feststellung eines an sich auf eine Leistung gerichteten Anspruchs handelt, kann die Zwangsvollstreckung nur auf Grund eines verurtheilenden Erkenntnisses ergehen. Mit der Feststellung der Leistungspflicht kann aber die Verurtheilung zur Vornahme bestimmter Leistungen verbunden werden. Das Feststellungsurtheil dient für eine spätere Klage auf Zahlung oder Leistung als Grundlage. Dieser Klage gegenüber kann aber der Beklagte nicht bloss solche Einreden vorschützen, welche seit Erlass der Rechtskraft des Feststellungsurtheiles ergangen sind sondern auch früher entstandene Einreden, welche sich lediglich auf die Verpflichtung

[1]) V. Zachariä-Anschütz Bd. II § 265 S. 109; Aubry und Rau Bd. II S. 710; Sirey-Gilbert Art. 2123 Nr. 26 ff.

zur Leistung beziehen, also der Feststellungsklage gegenüber nicht geltend gemacht werden konnten. [1])

4) Die Frage ob und wieweit durch eine Feststellungsklage die Verjährung unterbrochen wird, ist nach dem bürgerlichen Recht zu entscheiden. Nach allgemeinen Grundsätzen wird durch die Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht aber durch diejenige auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde die Verjährung des Anspruchs aus dem betr. Rechtsverhältniss unterbrochen. [2]) Handelt es sich um einen bedingten oder betagten Anspruch, so beginnt die Verjährung des Anspruchs auf Leistung erst am Tage, an dem die Bedingung bezw. die Fälligkeit eintritt. [3])

§ 232.

Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämmtliche Ansprüche das Prozessgericht zuständig und dieselbe Prozessart zulässig ist.

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.

(E. § 224. M. 465 und 466. K. 78.)

1. Allgemeine Bemerkungen.

Während in den §§ 56 und 57 die Zulässigkeit der subjektiven Klagenhäufung geregelt wurde, enthält Abs. 1 des § die Vorschriften über die objektive Klagenhäufung, bei welcher ein einziger Kläger einem einzigen Verklagten gegenüber steht. Es ist jedoch auch eine Verbindung der objektiven und subjektiven Klagenhäufung gestattet wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nach beiden Richtungen vorliegen. (M. 466.) Ob der Kläger verschiedene Ansprüche, welche ihm gegen den Beklagten zustehen, in einer Klage geltend machen oder mehrere Klagen erheben will, steht ihm nach der C.-P.-O. frei. Die Vorschrift des Art. 1346 C. civil, nach welcher alle Ansprüche, die nicht vollständig durch Urkunden gerechtfertigt werden können, in einer einzigen Klage zu erheben sind, muss um so mehr als aufgehoben gelten (§ 14 Einf.-Ges.) als dieselbe nur in der Beschränkung des Zeugenbeweises ihren Grund hat und diese (durch § 14 Abs. 2

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 204 und 206; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 294; Gaupp Bd. II S. 16; Weismann, die Feststellungsklagen S. 117 ff.; Löning, Zeitsch. für d. Civilprozess Bd. IV. S. 186.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 206; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 293; von Sarwey I S. 345; Gaupp II S. 16. A. M. sind: Seuffert S. 257 und Hellmann II S. 16.

[3]) V. auch Struckmann-Koch a. a. O. und Wilmowski-Levy a. a. O.; Hellmann II S. 16, 17; Kleiner II S. 23.

E.-G.) beseitigt worden ist. [1]) Nach § 138 kann übrigens das Gericht unter gewissen Voraussetzungen die Verbindung mehrerer bei ihm anhängig gemachter Klagen anordnen.

Die objektive Klagenhäufung ist insofern erleichtert als nicht wie bei der subjektiven ein innerer Zusammenhang zwischen den verschiedenen Ansprüchen bestehen sondern nur das Gericht bezüglich aller Ansprüche zuständig und dieselbe Prozessart zulässig sein muss. Der Kläger hat sich vor Anstellung der Klage darüber schlüssig zu machen ob er über die verschiedenen Ansprüche in einem Prozess entscheiden lassen will. Ist die Klage erhoben so muss er die in derselben nicht vorgebrachten Ansprüche durch besondere Klage geltend machen und es ist dann Sache des Gerichts ob es eine Verbindung der verschiedenen Prozesse anordnen will. (V. Bem. I. 2 zu § 56.)

2. Zuständigkeit des Gerichts.

Damit eine objektive Klagenhäufung gestattet ist, muss die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts hinsichtlich aller Ansprüche begründet sein; doch kommt es nicht darauf an ob die Zuständigkeit auf derselben gesetzlichen Bestimmung beruht. Wenn die Zuständigkeit vom Werth abhängt so genügt es hienach, dass die landgerichtliche Zuständigkeit sich aus der Zusammenrechnung der verschiedenen Ansprüche ergibt. (M. 466.) Dagegen fehlt nach § 5 dem Amtsgerichte auch dann die Zuständigkeit wenn es bezüglich jedes einzelnen Anspruchs zuständig wäre, die Ansprüche, bei denen der Werth entscheidet, aber zusammen den Betrag von dreihundert Mark übersteigen. (§ 23 G.-V.-G. und Bem. 3 zu § 5.) Ob die Zuständigkeit des Gerichts unmittelbar auf dem Gesetz beruht oder in einer Vereinbarung (§§ 39 ff.) ihren Grund hat, ist einerlei.

Fehlt die Zuständigkeit des Gerichts im Ganzen, sei es auch in amtsgerichtlichen Sachen, nur mit Rücksicht auf § 5 so ist die Klage in allen ihren Theilen zurückzuweisen. Ist das Gericht nur bezüglich einzelner Ansprüche unzuständig so ist die Zurückweisung dagegen auf die betr. Ansprüche zu beschränken gleichviel ob die Unzuständigkeit ausdrücklich geltend gemacht wurde oder eine unzulässige Vereinbarung (§ 40) vorliegt. (V. Bem. V. zu § 56.) Sollen mehrere Ansprüche, von denen der eine vor die Civilkammer der andere vor die Kammer für Handelssachen gehört, in einer Klage verbunden werden so kann dies nur geschehen wenn dieselben vor eine dieser Kammern gebracht werden und hiegegen kein Widerspruch erhoben wird bezw. kein Fall vorliegt, in welchem die Verweisung an die andere Kammer von Amtswegen zu erfolgen hat (§§ 103 und 104 G.-V.-G.). Liegt eine unstatthafte Verbindung vor so ist, da das Gericht bezüglich aller Ansprüche zuständig ist, die Klage nicht abzuweisen sondern ebenso wie in den Fällen, in welchen nicht die gleiche Prozessart zulässig ist, die Verbindung einfach aufzuheben. (Bem. 3.)

3. Zulässigkeit derselben Prozessart.

Das regelmässige Verfahren ist für die vor die Landgerichte gehörigen Prozesse in den §§ 230 ff., für die Klagen vor den Amtsgerichten in den §§ 456 ff.

[1]) So auch Puchelt II S. 13; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 208.

geregelt. Ausserdem kennt die C.-P.-O als besondere Prozessarten: den Urkunden- und Wechselprozess (§§ 555—567), das Verfahren in Ehesachen (§§ 568—592) und in Entmündigungssachen (§§ 593—627), das Mahnverfahren (§§ 628—642) und das Aufgebotsverfahren (§§ 823—850). Eine Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage ist nur dann gestattet wenn bezüglich aller dieselbe Prozessart zulässig ist. Jedoch kommt es nicht darauf an ob für den einen oder anderen Anspruch auch eine andere Prozessart (z. B. für einen im gewöhnlichen Verfahren geltend gemachten Anspruch der Urkunden- und Wechselprozess) gewählt werden konnte sondern darauf ob alle Ansprüche in derselben Prozessart verhandelt werden sollen und dies gesetzlich zulässig ist. (Wegen des Begriffs „Anspruch" v. Bem. I 2 zu §§ 136 ff.) Ueber die Verbindung solcher Klagen, die sich auf das Verfahren in Ehe- und Entmündigungssachen beziehen, enthalten die §§ 575, 587 und 608 besondere Bestimmungen. Werden der Vorschrift des Gesetzes zuwider mehrere Klagen, für welche nicht dieselbe Prozessart zulässig ist, verbunden so ist sofern die Zuständigkeit des Gerichts begründet ist die Klage nicht abzuweisen sondern nur die unzulässige Verbindung aufzuheben. (V. Bem. V zu § 56.) [1]) Sind die in einer Klage verbundenen Ansprüche unverträglich so dass der eine den andern ausschliesst so liegt eine unzulässige Klagenhäufung nicht vor. Vielmehr ist derjenige Anspruch, der hienach als unbegründet erscheint, endgültig abzuweisen. [2]) Durch unvereinbare thatsächliche Behauptungen wird die Klage nicht unstatthaft, da hiedurch der Klagegrund nicht beseitigt wird. (Bem. zu § 121 und Bem. II. 3 zu § 230.) [3])

4. Verbindung der Besitzklage und der Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird.

Da ein Besitzprozess als besondere Prozessart der C.-P.-O. unbekannt ist und eine Beschleunigung des Verfahrens sowie der einstweilige Schutz des Besitzstandes nur durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 204 und 816 ff. ermöglicht wird, würde nach Abs. 1 des § eine Verbindung der Besitzklagen mit den Klagen aus dem Rechte gestattet sein. Durch Abs. 2 wurde dieselbe jedoch untersagt um das in weiten Rechtsgebieten Deutschlands geltende Recht bei Bestand zu belassen. (M. 466.) Welche Klagen als Besitzklagen anzusehen sind, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Aus dem Gegensatz zur Klage, durch welche das Recht geltend gemacht wird, ergibt sich, dass hier unter Besitzklagen (anders als im § 25) nur solche Klagen verstanden werden, durch welche der Besitz, d. h. das Recht aus dem Besitz geltend gemacht wird. Die interdicta adipiscendae possessionis gehören daher nicht daher. [4]) Durch die

[1]) V. auch Siebenhaar S. 256; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 207. A. M. sind Seuffert S. 261; Gaupp II S. 20 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 295.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 208; Gaupp II S. 17. A. M. ist Puchelt II S. 13, der sich mit Unrecht auf ein Urtheil des bad. Oberhofgerichts beruft.

[3]) V. dagegen: Gaupp II S. 17 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 296.

[4]) V. auch Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 421 ff.; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 207; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 296. A. M. sind: Seuffert S. 261; von Sarwey I S. 346; Endemann II S. 18; Gaupp II S. 19.

Vorschrift des § wird übrigens nur die Verbindung der in Frage stehenden Klagen in einer Klageschrift untersagt. Es bleibt desshalb soweit nicht die Bestimmungen des materiellen Rechts im Wege stehen dem Kläger unbenommen, gleichzeitig die verschiedenen Klagen anzustellen. Ebenso steht dem Beklagten das Recht zu, wenn eine Besitzklage gegen ihn angebracht wurde sofort die petitorische Klage zu erheben und umgekehrt. Die Vorschriften der Art. 26 und 27 des Code de procédure sind da sie die Voraussetzungen regeln, unter denen bestimmte Klagen angestellt werden dürfen bezw. unterlassen werden müssen, obgleich sie in der Prozessordnung stehen materieller Natur und werden desshalb durch die C.-P.-O. nicht beseitigt. [1])

Dass in dem Prozess, in welchem es sich um das Recht selbst handelt, die Besitzklage und in dem Besitzprozess die auf das Recht bezügliche Klage als Widerklage geltend gemacht wird, ist durch den nur von der Klagenhäufung handelnden § 232 nicht untersagt. Desshalb kann es sofern die Voraussetzungen des § 33 vorliegen und die Vorschriften des materiellen Rechts nicht im Wege stehen dem Beklagten nicht verwehrt werden, seine Ansprüche auf dem Wege der Widerklage geltend zu machen. [2]) Erscheint die Widerklage als zulässig, so wird das Gericht in der Regel von der Vorschrift des § 136 bezw. § 137 Gebrauch machen.

§ 233.

Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozessgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

§ 234.

Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muss ein Zeitraum von mindestens einem Monat liegen (Einlassungsfrist). In Mess- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der

[1]) V. auch Samml. der in Elsass-Lothringen gelt. Gesetze, französ. C.-P.-O. Bd. I S. 3, Goldenring in der jur. Zeitschrift für Elsass-Lothringen Bd. IV. S. 413; von Sarwey I S. 347; f. Löning in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 52.

[2]) V. auch: Hellmann II S. 23; Gaupp II S. 19; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 207; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 296; Löning in Busch's Zeitschr. Bd. IV. S. 52, und S. 54. A. M. ist Seuffert S. 261, dem sich Goldenring (a. a. O S. 412) angeschlossen hat.

Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

(E. §§ 225 und 226. M. 466. K. 78, 537 ff.)

1) In § 233 wird nur die Vorschrift des § 193 bezüglich der Klageschrift wiederholt. Es ist desshalb auf die Bemerkungen zu diesem § zu verweisen, dessen Abs. 2 hier gleichfalls Anwendung findet. Dass eine Abschrift der Klageschrift zum Zweck der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei zugleich mit der Urschrift einzureichen ist, ergibt sich aus § 124 Ab. 2. Bezüglich der Art und Weise, in welcher die dem Kläger obliegende Zustellung zu erfolgen hat, sind die §§ 152 ff. massgebend.

2) Die in § 234 angeordneten Einlassungsfristen (v. Bem. I zu § 198) gelten für das gewöhnliche Verfahren vor dem Landgericht und für Mess- und Marktsachen. (§ 30.) Kürzere Einlassungsfristen als die einmonatliche des § sind für das amtsgerichtliche Verfahren (§ 459), für Wechselsachen (§ 567) und für das Verfahren vor den Kammern für Handelssachen (§ 102 G.-V.-G,) vorgeschrieben. Auch kann die Einlassungsfrist in allen Fällen (nach § 204) abgekürzt werden. Bei Zustellungen, die im Ausland vorgenommen werden sollen und bei denen häufig eine längere Frist erforderlith ist, hat der Vorsitzende die Einlassungs frist in jedem Falle besonders festzusetzen. Doch muss dieselbe wenn nicht von der Befugniss des § 204 Gebrauch gemacht wird mindestens einen Monat betragen. (M. 466.) Die Einlassungsfrist ist, wie schon der Name ergibt, für den Beklagten nicht für den Kläger bestimmt. Desshalb kann gegen diesen Versäumnissurtheil erlassen werden obgleich die Einlassungsfrist nicht eingehalten wurde. (V. Bem. 3 zu § 300.) [1]) Der Einwand, dass die Frist von einem Monat zu lang sei, wurde in der J.-K. bekämpft und bemerkt, für Sachen, die voraussichtlich Kontumazialsachen würden, sei das Mahnverfahren vorhanden. (K. 78.) Auch wurde ein Antrag von Wolffson, nach welchem es zulässig sein sollte, den Beklagten aufzufordern, schon vor der mündlichen Verhandlung innerhalb bestimmter Frist einen Rechtsanwalt zu benennen und im Falle der Unterlassung ein Versäumnissurtheil zu erwirken, abgelehnt. (K. 537—540.) Wurde dem Beklagten nicht die volle Einlassungsfrist gewährt so kann ein Versäumnissurtheil gegen denselben nicht erlassen werden. (§ 300 Abs. 1 Nr. 2.) Auch ist ihm wenn er ungeachtet der verspäteten Vorladung erscheint eine Vertagung zu bewilligen. Würde diese verweigert so könnte falls sich der Beklagte entfernen oder an der Verhandlung nicht theilnehmen würde (§ 298) dennoch ein Versäumnissurtheil nicht ergehen. Wenn eine Vertagung eintritt, braucht jedoch die Einlassungsfrist nicht von Neuem gewährt zu werden. Es genügt vielmehr, dass zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Verhandlungstermin die Frist von einem Monat bezw. 24 Stunden oder 14 Tagen liegt. [2])

[1]) So auch Gaupp II S. 21, 22 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 297. A. M. ist Endemann II S. 20.

[2]) V. O.-L.-G. Dresden 7. April 1880 Annalen Bd. II S. 138 ff.

§ 235.

Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1. wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;
2. die Zuständigkeit des Prozessgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;
3. der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

(E. § 227. M. 466 ff. K. 79, 540—543.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die Rechtshängigkeit einer Streitsache wird nach Abs. 1 durch Erhebung der Klage begründet, welche nach § 230 in der Regel durch Zustellung eines Schriftsatzes (der Klageschrift) erfolgt. Im Parteiprozesse kann die Klage auch durch mündlichen Vortrag erhoben werden (§§ 461 und 471). Bezüglich der im Lauf eines Prozesses auf dem Wege der Klagerweiterung (§ 240), Widerklage (§ 33) oder Incidentfeststellungsklage (§ 253) geltend gemachten Ansprüche, die in der mündlichen Verhandlung vorzubringen sind (§§ 251 und 253), ist (nach § 254) diese Verhandlung für den Eintritt der Rechtshängigkeit entscheidend. Durch die Geltendmachung einer Einrede, welche lediglich die Abweisung der Klage bezweckt also nicht wie die Incidentklage oder Widerklage ein selbständiges, noch nicht in der Hauptklage mitinbegriffenes, Begehren enthält, wird Rechtshängigkeit nicht begründet. (Vgl. Bem. II. 1.) Im Mahnverfahren treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner ein und bleiben auch bei erhobenem Widerspruch gegen den Anspruch bestehen. (§§ 633 und 635.) Bezüglich des Urkundenprozesses enthalten die §§ 559 und 563 besondere Bestimmungen.

2) Die durch die Klagerhebung begründete Rechtshängigkeit dauert fort bis der Prozess endgültig erledigt ist. Sie wird also erst dadurch beendigt, dass über den in Frage stehenden Anspruch durch ein rechtskräftiges Urtheil entschieden oder die Klage bezw. Widerklage in rechtswirksamer Weise zurückgenommen (§ 243) oder dem Prozess durch Vergleich ein Ende gemacht worden ist. Das blosse Ausbleiben des Klägers bei der mündlichen Verhandlung beendigt die Rechtshängigkeit nicht. Vielmehr bedarf es in diesem Falle hiezu des Erlasses eines Versäumnissurtheils und des Ablaufes der Einspruchsfrist.

3) Durch § 235 werden bloss die prozessrechtlichen Wirkungen der Rechts-

hängigkeit geregelt. Bezüglich der materiell-rechtlichen Folgen derselben, welche durch das bürgerliche Recht bestimmt werden, ist § 239 massgebend. Die Befugniss des Beklagten zur Erhebung einer Widerklage als eine Wirkung der Rechtshängigkeit zu bezeichnen, wurde nicht für erforderlich gehalten, weil aus den Bestimmungen über die Zulässigkeit und den Zeitpunkt der Erhebung einer Widerklage (§§ 33 und 251—254) sowie über die Verhandlung derselben in Verbindung mit der Klage (§ 136 Abs. 2) zur Genüge hervorgehe, dass die Widerklage die Rechtshängigkeit der Klage voraussetze. (M. 467.)

II. Einrede der Rechtshängigkeit.

1) Die Hauptwirkung der Rechtshängigkeit besteht darin, dass jede der bei einem Prozess betheiligten Parteien, der Kläger wie der Beklagte, das Recht hat, die Abweisung jeder Klage zu verlangen, die vom Gegner bezüglich desselben Streitgegenstands sei es bei demselben sei es bei einem anderen Gerichte anhängig gemacht wird. Dieses Recht, das durch eine prozesshindernde Einrede geltend zu machen ist (§ 247 Abs. 2 Nr. 3) und auf das verzichtet werden kann, steht nur den Parteien zu. Die Rechtshängigkeit kann nicht von Amtswegen berücksichtigt werden. Die Frage ob es sich bei der neuen Klage um denselben Anspruch handelt, der den Gegenstand der früheren Klage bezw. Widerklage bildet und ob in beiden Prozessen dieselben Parteien bezw. solche Rechtsvorgänger in Frage sind, welche denselben gleichstehen, ist nach den Grundsätzen zu entscheiden, welche bezüglich der Rechtskraft der Urtheile gelten. Es ist die Einrede der Rechtshängigkeit regelmässig dann begründet wenn falls über die dem früheren Prozess zu Grund liegende Klage bereits rechtskräftig entschieden wäre der neuen Klage die exc. rei judicatae (nach § 293 Abs. 1) entgegengesetzt werden könnte. [1]) Falls im Urkundenprozess geklagt wurde ist die Einrede der Rechtshängigkeit auch dann begründet wenn später im ordentlichen Prozess Klage erhoben worden ist. Durch die Klage im Urkundenprozess wird auch das ordentliche Verfahren eröffnet. [2]) Eine im Ausland erhobene Klage begründet die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann wenn das im Ausland ergehende Urtheil nach §§ 660 und 661 vollstreckt werden könnte also die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründen würde. Wo dieser Einwand ausgeschlossen ist, kann auch die Einrede der Rechtshängigkeit einer im Inland erhobenen Klage nicht entgegengehalten werden. [3]) Ob es sich in dem früheren oder späteren

[1]) V. auch die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. III. S. 383 ff. insbes. S. 398.

[2]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 298 und Gaupp II S. 24, 25.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl S. 210 Bem. 3; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 298 und 758; Puchelt II S. 18. In diesem Sinne wurde erkannt vom L.-G. Frankfurt a. M. in einem von der deutschen Juristenzeitung (J. IV S. 515 ff.) mitgetheilten Falle, sowie vom O.-L.-G. Colmar am 12. April 1880 (jur. Zeitschr. für Elsass-Lothr. Bd. V S. 341 ff.). Von derselben Auffassung scheint auch das R.-G. in einem Urtheil vom 8. Jan. 1881 (d. Juristenzeitung J. V S. 258 ff.) ausgegangen zu sein. Das R.-O.-H.-G. hat in einem Urtheil vom 6. Dez. 1872 (Entscheid. Bd. 8 S. 167 ff.) den Grundsatz ausgesprochen, dass die Einrede der Rechtshängigkeit soweit reiche, als die der rechts-

Prozess um eine Hauptklage oder um eine Incident- oder Widerklage handelt, ist einerlei da in allen diesen Fällen durch die Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit begründet wurde. Es kann also Jemand, der eine Forderung klageweise geltend gemacht hat, wegen derselben nicht in einem anderen Prozesse Widerklage erheben und umgekehrt. Dagegen begründet der Umstand, dass ein Anspruch auf dem Wege der Einrede z. B. mittels Kompensation geltend gemacht wurde, nicht die Einrede der Rechtshängigkeit gegen eine wegen desselben Anspruchs erhobene Klage. Ebensowenig hindert die bezüglich einer Forderung anhängige Klage, dieselbe in einem anderen Prozess kompensationsweise geltend zu machen. Vielmehr kann eine doppelte Geltendmachung nur zur Folge haben, dass die Verhandlung in einem der Prozesse bis zu der Entscheidung des anderen ausgesetzt oder wenigstens vorerst nicht über die betr. Einrede verhandelt wird (§§ 139 bezw. 137), oder dass das Gericht von der ihm in § 136 Abs. 2 eingeräumten Trennungsbefugniss Gebrauch macht. (Bem. III. 3 zu § 136.)[1])

2) Die Einrede der Rechtshängigkeit steht nur in demjenigen Prozesse zu, in welchem wegen einer bereits anhängigen Streitsache nochmals Klage erhoben wurde. Es ist also festzustellen, welche Klage bezw. Widerklage zuerst anhängig gemacht wurde. Eine besondere Vorschrift hierüber aufzunehmen und ausdrücklich zu bestimmen, dass durch die Rechtshängigkeit bei einem von mehreren zuständigen Gerichten die Zuständigkeit der anderen, in gleicher Weise zuständigen, Gerichte ausgeschlossen werde, wurde für überflüssig gehalten, da dieser Satz eine nothwendige Folge des Begriffs der Rechtshängigkeit sei. (M. 467.) Die Einrede der Rechtshängigkeit kann auch dann erhoben werden wenn im ersten Prozess die Einrede der Unzuständigkeit geltend gemacht wird. Es ist in diesem Falle nicht die Entscheidung im zweiten Prozess auszusetzen bis im ersten über die Zuständigkeit rechtskräftig entschieden wurde. Durch die Erhebung der Klage wird, auch wenn sie vor dem unzuständigen Gerichte erfolgt, immerhin die Rechtshängigkeit begründet. Will der Kläger, dessen Klage die Einrede der Unzuständigkeit entgegengesetzt wird, vor einem anderen Gerichte Klage erheben so muss er hinach zuerst die frühere Klage zurücknehmen. Im Interesse der Parteien wird es in der Regel liegen, zunächst die Zuständigkeitsfrage da wo der Prozess zuerst anhängig gemacht wurde entscheiden zu lassen, und so lange dies nicht geschehen, den zweiten Prozess nicht zu betreiben. Uebrigens ist der Kläger, dem die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt wird, berechtigt, dieselbe dadurch zu beseitigen, dass er die Unzuständigkeit

kräftig entschiedenen Sache. Dagegen wurde in einem Urtheil dieses Gerichts vom 30. März 1876 (Entsch. Bd. 19 S. 417 ff.) in allgemeiner Weise der Grundsatz aufgestellt, es sei für die Einrede der Rechtshängigkeit gleichgültig, ob der erste Prozess im Inland oder im Ausland anhängig gemacht worden sei. Der Ansicht, dass eine im Ausland erhobene Klage auch dann die Einrede der Rechtshängigkeit begründe wenn das in dem betr. Prozess ergehende Urtheil in Deutschland nicht vollstreckt werden könne, sind: Kleiner II. S. 34, Gaupp II S. 26 und, wie es scheint, auch Hellmann III S. 30, 31.

[1]) V. auch die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschr. für deutschen Civilprozess Bd. I S. 93 ff. und Bd. IV.

des ersten Gerichts anerkennt und die Klage zurückzieht. Auch ist das Gericht befugt, die Entscheidung im zweiten Prozesse auszusetzen oder eine Vertagung eintreten zu lassen bis im ersten Prozess entschieden ist. [1])

III. Endgültige Begründung der Zuständigkeit.

Der Satz, nach welchem die bezüglich einer rechtshängigen Sache begründete Zuständigkeit fortdauert obgleich die Umstände, auf welchen die Zuständigkeit beruht, sich ändern, gilt bezüglich der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit. In der ersten Richtung ist hervorzuheben, dass eine Erhöhung oder Verminderung des Werthes des Streitgegenstandes an der einmal begründeten Zuständigkeit nichts ändert. (V. Bem. I zu § 4.) Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit wird die Vorschrift insbesondere praktisch wenn der Beklagte im Lauf des Prozesses seinen Wohnsitz ändert, die Voraussetzungen des Gerichtsstandes der Erbschaft wegfallen u. s. w.

IV. Ausschliessung der Klageänderung.

Während in § 240 die Frage geregelt ist wann eine Klageänderung vorliegt wird in Abs. 2 Nr. 3 des § 235 der Satz aufgestellt, dass ohne die Zustimmung des Beklagten, die übrigens (nach § 241) auch stillschweigend erfolgen kann, die einmal anhängige Klage nicht geändert werden darf. In der J.-K. wurde die Frage angeregt ob die Klageänderung nicht auch in dem Falle zu untersagen sei wenn der Beklagte dazu seine Einwilligung gebe, ein Antrag jedoch nicht gestellt. Andere Anträge, nach welchen die Klageänderung in unbeschränkter Weise oder doch bis zum Schluss der ersten mündlichen Verhandlung ohne Zustimmung des Beklagten gestattet sein sollte, wurden abgelehnt. (K. 79 und 540—543.) In der Berufungsinstanz ist die Aenderung der Klage auch dann nicht gestattet wenn der Gegner einwilligt. (§§ 489 und 491 Abs. 2.)

§ 236.

Die Rechtshängigkeit schliesst das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräussern oder den geltend gemachten Anspruch zu zediren.

Die Veräusserung oder Zession hat auf den Prozess keinen Einfluss. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet der § 66 keine Anwendung.

[1]) V. Siebenhaar § 232 S. 258.

Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

§ 237.

Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstück ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräusserung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.

§ 238.

Die Bestimmungen des § 236 Absatz 3 und des § 237 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräussert oder zedirt hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.

(E. §§ 228—230. M. 467, 468. K. 79.)

I. Zulässigkeit der Veräusserung eines in Streit befangenen Gegenstandes (§ 236 Abs. 1). — Allgemeine Bemerkungen.

1) Durch § 236 Abs. 1 wird das im gemeinen Recht geltende Verbot der Veräusserung von Sachen und Rechten, bezüglich deren ein Prozess anhängig ist, aufgehoben. Die Partei, welche die Veräusserung oder Belastung der im Streit befindlichen Sache oder die Cession einer Forderung verhindern will, kann jedoch den durch die §§ 814 ff. insbesondere 817 offen gehaltenen Weg betreten und ein gerichtliches Veräusserungsverbot erwirken. Diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche wegen anderer Umstände als der Rechtshängigkeit den Verkauf einer Sache oder die Cession einer Forderung verbieten oder bestimmten Personen, z. B. Richtern, den Erwerb eines im Streit befangenen Gegenstandes untersagen, werden durch die Vorschrift des § 236 nicht berührt. [1])

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 301; Gaupp II S. 31.

Insbesondere bleiben die Art. 841 und 1699—1701 Code civil in Kraft, welche einen ähnlichen Zweck verfolgen wie die vom § gleichfalls unberührte lex Anastasiana.

2) In § 236 Abs. 2 und 3 werden die Wirkungen einer nach Abs. 1 gestatteten Veräusserung geregelt indem bestimmt wird, dass diese auf den Gang des von den bisherigen Parteien weiterzuführenden Prozesses im Allgemeinen keinen Einfluss hat, die bezüglich der Sache ergangene Entscheidung aber auch gegen den Rechtsnachfolger wirkt. Durch die §§ 237 und 238 werden jedoch nach zwei Richtungen Ausnahmen von diesen Grundsätzen aufgestellt.

II. Regelmässige Wirkungen der Veräusserung. (§ 236 Abs. 2 und 3.)

1) Da die Veräusserung bezw. Cession in der Regel auf den Prozess keinen Einfluss übt ist die Partei, welche den Streitgegenstand veräussert hat, abgesehen von der Vorschrift des § 237 nicht berechtigt, aus dem Prozess auszuscheiden. Eine Vorschrift, welche es dem Gericht anheimstellte, die Partei wenn der Gegner an ihrem Verbleiben kein Interesse hat zu entlassen, wurde absichtlich nicht aufgenommen. (M. 468.) Der Erwerber ist in der Regel nicht befugt, in den Prozess als Hauptpartei oder Hauptintervenient einzutreten. Das Recht der Nebenintervention ist demselben zwar nicht entzogen. Damit er nicht in Widerspruch mit dem in § 236 Abs. 1 an die Spitze gestellten Satze einen selbständigen Einfluss üben könne, ist aber bestimmt, dass er obgleich die Entscheidung ihn unmittelbar berührt, doch nicht als Streitgenosse (§ 58) anzusehen ist sondern nur die dem Nebenintervenienten nach § 64 zustehenden Rechte ausüben darf. Verpflichtet zum Eintritt in den Prozess ist der Rechtsnachfolger nur im Falle des § 237. (M. 468.) Dass der Partei, welche den Streitgegenstand veräussert hat, desshalb nicht die Aktiv- oder Passivlegitimation bestritten werden kann, ergibt sich aus der Vorschrift des § von selbst.

2) Nach § 236 Z. 3 erstreckt sich die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der in der Sache selbst — nicht der im Kostenpunkt — ergangenen Entscheidung auch auf den Erwerber der im Streit befangenen Sache gleichviel ob derselbe seine Rechte vom Kläger oder vom Beklagten ableitet. Die Entscheidung wirkt für wie gegen den Rechtsnachfolger. Ob die Veräusserung bezw. Cession eine freiwillige oder ob sie durch Zwangsenteignung oder Zwangsvollstreckung erzwungen ist, bewirkt keinen Unterschied.[1]) Jedoch beziehen sich die Vorschriften des § 236 Abs. 2 und 3 nur auf die Singularsuccession. Bezüglich der Universalsuccession ist § 217 massgebend.[2]) Die auf dem Willen des Rechtsvorgängers beruhende Singularsuccession mortis causa fällt unter die Vorschriften des § 236. Ob der Erwerber von dem Rechtsstreit Kenntniss hat, ist einerlei. Doch wird vorausgesetzt, dass demselben nicht auf Grund des bürgerlichen Rechts selbständige Ansprüche zustehen, welche durch § 238 aufrecht erhalten sind.

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 302; Gaupp II S. 30.

[2]) V. Schollmeyer, der Zwischenstreit unter den Parteien S. 104 ff.; und Gaupp II S. 30, 31. A. M. sind Bolgiano Lehrbuch S. 270 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 301, 302.

Damit das Urtheil gegen den Rechtsnachfolger vollstreckt werden kann, wird übrigens da dasselbe nicht gegen dessen Person lautet vorausgesetzt, dass die Vollstreckbarkeit gegen denselben ausdrücklich festgestellt wird. Auf die hierüber zu ertheilende Vollstreckungsklausel beziehen sich die §§ 665—667, 670, 687 und 704 Abs. 3. (M. 467.)

3) Die Entscheidung im Kostenpunkte berührt den Rechtsnachfolger nicht wenn er nicht mit Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei übernimmt oder als Haupt- oder Nebenintervenient auftritt. Uebernimmt er den Prozess als Hauptpartei, so trifft die Kostenentscheidung nur ihn, nicht seinen Rechtsvorgänger. [1]) Jedoch kann eine civilrechtliche Ersatzpflicht desselben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder nach Vertragsbestimmungen begründet sein. Die Uebernahme des Prozesses kann nur in der mündlichen Verhandlung, nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen. [2])

III. Ausnahmevorschrift des § 237.

1) Bezüglich der im § erwähnten Klagen, bei denen gewissermassen das Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subjekt und der Eigenthümer lediglich als dessen Vertreter erscheint, war eine besondere Bestimmung über die Rechtsnachfolge in das Prozessverhältniss nothwendig weil es als zweifelhaft erschien ob ohne eine solche Vorschrift der anhängige Rechtsstreit zu Ende geführt werden, bezw. zu einem den Veräusserer bindenden Ergebniss gelangen könne. (M. 468.) Desshalb wurde für den Fall der Veräusserung des berechtigten oder verpflichteten Grundstücks der Rechtsnachfolger für befugt erklärt, den Rechtsstreit an Stelle des Veräusserers als Hauptpartei zu übernehmen. Macht derselbe von diesem Recht Gebrauch so scheidet der Rechtsvorgänger damit aus dem Prozesse aus wenn er sich nicht wegen der in Frage stehenden Regressansprüche als Nebenintervenient an demselben betheiligen will und kann. Doch bleibt derselbe dem Gegner für die bis zu seinem Austritt aus dem Prozesse entstandenen Kosten verhaftet wenn diese nicht vom Rechtsnachfolger, der im Falle des Unterliegens zur Zahlung derselben zu verurtheilen ist, zu erlangen sind. Zur Uebernahme des Prozesses verpflichtet ist der Rechtsnachfolger nur wenn der Gegner dies verlangt. Tritt der Rechtsnachfolger nicht in den Prozess ein so findet die Vorschrift des § 236 Abs. 3 auch dann auf ihn Anwendung wenn er nicht zum Eintritt aufgefordert wurde. Dagegen ist die Bestimmung des § 217 Abs. 3 auch dann nicht anzuwenden wenn der Rechtsnachfolger ungeachtet der Aufforderung des Gegners den Eintritt unterlässt, da eine Unterbrechung des Prozesses hier nicht vorliegt.

2) Die Vorschrift des § bezieht sich auf alle Rechtsstreitigkeiten (konfessorischer oder negatorischer Natur), in welchen Grunddienstbarkeiten, auf einem Grundstück ruhende Personalservituten, Emphyteuse oder Superficies, Pfandrechte an Grundstücken oder deutschrechtliche Belastungen derselben (Lehensrechte Reallasten u. s. w.) den Streitgegenstand bilden, vorausgesetzt, dass an denselben

[1]) V. Gaupp II S. 35; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 305.

[2]) V. Gaupp II S. 35. A. M. ist von Sarwey I S. 356.

der Besitzer des berechtigten oder verpflichteten Grundstücks betheiligt ist. Als Besitzer ist auch der Eigenthümer ausser ihm aber auch der publicianische Besitzer, Vasall, Erbpächter u. s. w. anzusehen. (M. 468.) Handelt es sich in dem Prozess um eine Vindikation so kommt nicht § 237 sondern § 236 zur Anwendung. Dagegen fällt die reine Grenzscheidungsklage unter § 237.[1])

3) Das Verfahren bezüglich der Uebernahme des Prozesses ist nicht durch besondere Vorschriften geregelt. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, dass dieselbe nicht schon durch Zustellung eines Schriftsatzes sondern erst durch die in der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung wirksam wird.[2]) Uebernimmt der Rechtsnachfolger den Prozess, so wird die in Ansehung des Kostenpunktes ergehende Entscheidung auch nur ihm, nicht dem Rechtsvorgänger gegenüber wirksam. Es kann jedoch eine Ersatzpflicht des letzteren dem Rechtsnachfolger wie dem Gegner gegenüber begründet sein.[3])

IV. Ausnahmevorschrift des § 238.

1) Würde die Bestimmung des § 236 streng durchgeführt so würde sie mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts vielfach in Widerspruch gerathen. Desshalb wurde die fragliche Vorschrift, soweit sie mit den im § aufgezählten Bestimmungen unvereinbar sein würde, beschränkt. Als solche wurden in den Motiven (468) bezeichnet:

a. die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen — die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche auf dem Grundsatz: „Hand wahre Hand" beruhen (V. Code civil Art. 2279, deutsches H.-G.-B. Art. 306 und 307, preuss. A. L.-R. I. 15 §§ 42 ff., I. 2 § 138);

b. die Vorschriften über den Erwerb auf Grund des Grund- und Hypothekenbuchs;

c. die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, z. B. die Bestimmung des preuss. Rechts (A. L.-R. I. 15 §§ 24—26 und 44), dass der gutgläubige Erwerber einer Sache zur Herausgabe derselben nur gegen Ersatz des ausgelegten Kaufpreises verpflichtet ist.

Soweit es nach diesen Bestimmungen für den rechtsgültigen Erwerb auf einen Mangel in dem Recht des Auktors nicht ankommt kann dem Erwerber der Umstand nicht entgegengehalten werden, dass der veräusserte oder cedirte Gegenstand im Streit befangen war. Gegen den Kläger, welcher veräussert oder cedirt hat, gewährt dem Beklagten die Schlussbestimmung des § 238 Schutz. Soweit die Herausgabe der Sache nur gegen Ersatz des Kaufpreises gefordert werden kann, wird dieses beneficium dem gutgläubigen Erwerber nicht dadurch entzogen, dass sich die Sache in Streit befand. (M. a. a. O.)

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 213; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 306; Endemann II S. 28; Gaupp II S. 36.

[2]) V. Gaupp II S. 39; Struckmann-Koch III Aufl. S. 214; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 306; Endemann II. S. 28. A. M. sind: Seuffert S. 269; von Sarwey I S. 356; Kleiner II S. 43.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 214; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 306, 307; von Sarwey I S. 356; Gaupp II S. 38. Theilweise a. M. ist Seuffert S. 269.

2) Um Kollisionen mit den unter b. und c. (der vorigen Bem.) aufgezählten Vorschriften zu vermeiden, wurde § 238 auch auf die Bestimmung des § 237 ausgedehnt. (M. a. a. O.) Es kommt desshalb dieser § unter den in § 238 geregelten Voraussetzungen insoweit nicht zur Anwendung als er den Rechtsnachfolger zur Uebernahme des Rechtsstreits für verpflichtet erklärt. Auch die in § 237 ausgesprochene Berechtigung des Rechtsnachfolgers zur Uebernahme des Rechtsstreits wird durch § 238 ausgeschlossen sofern dieselbe mit den in Frage stehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Widerspruch steht. [1]) Die Worte: „Der Kläger, welcher veräussert oder cedirt hat," beziehen sich auch auf die Veräusserung von Wechseln und Werthpapieren. [2])

§ 239.

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des § 190 mit der Erhebung der Klage ein.

(E. § 231. M. 467. K. 79.)

1) Die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit bestimmt das bürgerliche Recht. Der § 239 schreibt vor, dass nicht nur diese Folgen sondern auch alle Wirkungen, welche durch das bürgerliche Recht an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden — unbeschadet der Vorschrift des § 190 — mit der Erhebung der Klage eintreten sollen. Nach der C.-P.-O. gibt es hienach eine Klageanmeldung als einen (die Verjährung unterbrechenden) Prozessakt überhaupt nicht mehr. Vielmehr treten die Wirkungen derselben nur durch Zustellung der Klage ein. [3]) Die Streitverkündung hat auch im Gebiet des A. L.-R. nicht mehr die Wirkung die Verjährung zu unterbrechen. [4]) In Beziehung auf das Wechselrecht ist jedoch Art. 80 W.-O. in Kraft geblieben. (§ 13 E.-G.) (M. 467.)

2) Bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechts handelt es sich hauptsächlich

[1]) V. Gaupp II S. 41, 42; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 308. A. M. sind: Seuffert S. 271 und Hellmann II S. 37.

[2]) So auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 309. V. dagegen von Sarwey I S. 361; Endemann II S. 30.

[3]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 310; ferner R.-G. 5. Febr. 1881, d. Juristenzeitung Bd. V S. 342.

[4]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 216; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 311.

um die Bestimmung des Zeitpunkts, in welchem durch die Klage die Ersitzung und Klageverjährung unterbrochen, der Verklagte in Verzug gesetzt und dadurch zum Schadenersatz oder Ersatz der bezogenen oder zu beziehenden Früchte, zur Bezahlung von Verzugszinsen u. s. w. verpflichtet wird, in welchen die Gefahr auf den Beklagten übergeht, nach dem sich die Bereicherung desselben bestimmt und in dem endlich bei rein persönlichen Klagen deren Vererblichkeit begründet wird. Ferner ist die Zeit des Prozessbeginns für die Fragen entscheidend wann das Wahlrecht des Klägers zwischen mehreren Ansprüchen oder verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs erlischt und wann das verschiedenen Personen zustehende, jedoch nur einmal geltend zu machende, Klagerecht auf eine Person beschränkt wird. Die Vorschrift des gemeinen Rechts, dass derjenige, der sich, als vermeintlicher Besitzer belangt, auf die Klage als Besitzer einlässt gleich dem wirklichen Besitzer hafte, ist nicht zu den Wirkungen der Rechtshängigkeit zu rechnen da nicht die Thatsache des Prozessbeginns sondern die dolose Klagebeantwortung den Grund dieser Vorschrift bildet. Ebenso verhält es sich in allen Fällen, in denen das bürgerliche Recht nicht an die Einlassung als solche sondern an eine bestimmte Art der Klagebeantwortung Wirkungen knüpft. [1])

Die prozessrechtlichen Folgen der Einlassung auf die Klage oder der Verhandlung über die Hauptsache (§§ 39, 43, 73, 241, 243 Abs. 1, 247 Abs. 3 u. s. w.) werden durch die Vorschrift des § nicht berührt. Ebenso bleiben die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts in Kraft, welche gewisse Wirkungen (z. B. die Unterbrechung der Verjährung) an solche Akte knüpfen, die von dem Beginn des Prozesses unabhängig sind oder welche vorschreiben, dass schon die Vorladung zum Sühneversuch oder vor einen unzuständigen Richter die Verjährung unterbricht. Wird die Klage für nichtig erklärt, so treten die nach § 239 an die Klageerhebung geknüpften Wirkungen nicht ein. Ebenso verhält es sich (nach § 243), wenn die Klage in wirksamer Weise zurückgenommen wird.

§ 240.

Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes

1. die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden;
2. der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird;
3. statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

[1]) So auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 309. V. dagegen von Sarwey I S. 361; Endemann II S. 30.

§ 241.

Die Einwilligung des Beklagten in die Aenderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.

§ 242.

Eine Anfechtung der Entscheidung, dass eine Aenderung der Klage nicht vorliege, findet nicht statt.

(E. § 232 u. 233. M. 466 und 467. K. 79, 540 u. 541.)

I. Begriff der Klageänderung. (§ 240.)

1) Die C.-P.-O. will mit Rücksicht auf das freigestaltete mündliche Verfahren Klageänderungen in weitem Umfange gestatten. (M. 274.) Desshalb sollen die im § 240 unter Nr. 1—3 aufgeführten Berichtigungen, Ergänzungen und Abänderungen als Klageänderungen nicht angesehen werden wenn durch dieselben der Klagegrund nicht geändert wird. Derartige Veränderungen können sonach ohne dass es auf die Zustimmung des Beklagten ankommt in jedem Zeitpunkte des Verfahrens bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, und zwar in erster wie in zweiter Instanz vorgenommen werden.[1]) Dem nicht erschienenen Beklagten gegenüber kann der Kläger übrigens nicht ohne Weiteres von den vorgenommenen Aenderungen Gebrauch machen. Vielmehr kommt in dieser Beziehung die Vorschrift des § 300 Abs. 1 Nr. 3 zur Anwendung. Neues thatsächliches Vorbringen muss soweit es zur Begründung der Lage erforderlich ist dem Beklagten mittelst Schriftsatzes mitgetheilt werden, ebenso eine Erweiterung des Klagantrags oder eine andere Abänderung desselben sofern letztere nicht lediglich eine Beschränkung des bisherigen Begehrens enthält. Soweit durch die Erweiterung der Klage die Zuständigkeit des Gerichts in Frage gestellt wird, kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Die in Nr. 3 des § vorgesehenen Aenderungen sind einfach nach dem geltenden bürgerlichen Recht zu beurtheilen. In allen Fällen, in denen dieses gestattet, wegen einer später eingetretenen Veränderung einen Gegenstand oder das Interesse zu fordern, ist die Abänderung des Klagantrags nach der C.-P.-O. erlaubt.

2) Unter dem Klagegrund, der für die Frage ob eine Klageänderung vorliegt von entscheidender Bedeutung ist, wird nichts Anderes verstanden als unter dem in § 230 bezeichneten „Grund des erhobenen Anspruchs“, nämlich das Rechtsverhältniss, das der Klage zu Grund liegt und aus dem der erhobene Anspruch abgeleitet wird. Er fällt somit nicht zusammen mit dem Klagegrund im Sinne des Civilrechts oder mit den „rechtserzeugenden Thatsachen“. (Bem. II.

[1]) V. R.-G. 28. Februar 1881, Entscheid. Bd. IV S. 218 ff.

3 zu § 230.)[1]) Nicht jede Aenderung hinsichtlich der rechtsbegründenden oder Klage-Thatsachen ist hienach als Klageänderung im Sinne der C.-P.-O. anzusehen. Vielmehr liegt eine solche nur dann vor wenn an die Stelle des ursprünglich geltend gemachten Rechtsverhältnisses ein anderes gesetzt und damit die Klage selbst eine andere wird. Wenn der Kläger, der die Herausgabe einer Sache wegen des ihm zustehenden Eigenthums verlangt, plötzlich sein Begehren darauf stützt, dass er Nutzniesser sei, liegt eine Aenderung des Klagegrundes vor, nicht aber wenn der Kläger nachdem er sein Eigenthum auf bestimmte Erwerbsurkunden abgeleitet hat sich dann auf die Ersitzung beruft.[2]) Die Frage ob ungeachtet der veränderten Begründung der geltend gemachte Anspruch derselbe blieb ist durch dieselben Erwägungen bedingt, welche hinsichtlich der Frage entscheiden ob die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache einer neuen Klage mit veränderter Begründung des Anspruchs entgegensteht. Ist die Veränderung in der Klagebegründung der Art, dass im Falle der Abweisung der ursprünglichen Klage der Anspruch mit der veränderten Begründung nicht geltend gemacht werden könnte ohne der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu unterliegen, so liegt eine Aenderung des Klagegrundes und desshalb auch eine Klageänderung im Sinne der C.-P.-O. nicht vor. Es ist dann an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs ein anderer, seiner juristischen Natur nach verschiedener, nicht gesetzt worden. Vielmehr handelt es sich bloss um eine Ergänzung oder Berichtigung der thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen. Dagegen ist eine Aenderung des Klagegrundes gegeben wenn in dem angenommenen Falle der neuen Klage nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegengehalten werden könnte, denn daraus ergibt sich deutlich, dass der Klage eine andere Grundlage gegeben, dass der Anspruch nicht mehr auf dieselbe sondern auf eine andere causa petendi gestützt werden soll.[3]) Bei den Verhandlungen in der J.-K. wurde auf den Zusammenhang zwischen Einrede der Rechtskraft und Klageänderung verwiesen von Direktor von Amsberg, der erklärte: „Der Entwurf stehe auf dem gleichen Standpunkt wie Baden, das die Klageänderung soweit zulasse als sie nach den Grundsätzen über res judicata zulässig sei.“[4]) Der aufgestellte Grundsatz gilt auch bezüglich der Erweiterung des Klageantrags. Werden auf Grund desselben Verpflichtungsgrundes weiter verfallene Raten derselben Forderung verlangt oder auf Grund derselben Thatsache neue Entschädigungsansprüche geltend gemacht oder lediglich Ansprüche auf Zinsen, Früchte, Zuwachs u. s. w. erhoben, welche als

[1]) V. hiezu noch: Förster preuss. Privatrecht IV. Aufl. herausgegeben von Eccius Bd. I S. 273 ff.

[2]) V. hiezu die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. III S. 385 ff., insbes. S. 395 ff. und 406 ff.

[3]) V. die erwähnte Abhandl. des Verfassers S. 397 ff.; ferner: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 217; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 311; Puchelt II S. 28; von Sarwey I S. 363; von Bülow S. 159.

[4]) § 254 der bad. Prozessordnung lautete: „Eine Klageänderung ist als vorhanden anzusehen, wenn eine rechtskräftige Abweisung der ursprünglichen Klage die Einrede der entschiedenen Sache gegen die veränderte Klage nicht begründen würde.“

Accessorien der Hauptsache anzusehen sind, so kommt § 240 Nr. 2 zur Anwendung. Wird dagegen das frühere Begehren durch ein ganz neues ersetzt so liegt eine Klageänderung vor. Nach dem Gesagten kann eine Aenderung des Klagegrundes nicht bloss in Abänderungen hinsichtlich des sogen. historischen Fundaments sondern auch in einer Aenderung des Rechtsgrundes enthalten sein. Sie liegt immer vor wenn der ursprünglich erhobene Anspruch mit einem anderen vertauscht wird. Dagegen ist eine Klageänderung nicht vorhanden wenn ungeachtet der vorgenommenen Aenderung immer noch die Klage aus demselben Rechtsverhältniss abgeleitet wird und unter denselben juristischen Klagebegriff fällt. [1]) Die Vorschriften über die Klageänderung gelten übrigens nicht bloss für die Hauptklage, sondern auch für die Widerklage einschliesslich der in § 253 geregelten Feststellungs-Widerklage. Die Widerklage ist eine wirkliche Klage, welche Rechtshängigkeit begründet und über welche eine der Rechtskraft fähige Entscheidung ergeht. Sie bildet sonach die Grundlage eines besonderen Prozesses. (Bem. zu § 251.) [2]) Im Einzelnen ergeben sich aus den aufgestellten Regeln folgende Sätze:

1) Eine blosse Veränderung der durch § 120 vorgeschriebenen Geschichtserzählung ist an sich nicht als Aenderung des Klagegrundes anzusehen. Sie fällt sofern das Rechtsverhältniss, aus dem der Anspruch abgeleitet wird, dasselbe bleibt unter § 240 Nr. 1. Insbesondere liegt eine Klageänderung nicht vor wenn bei einer dinglichen Klage unter Festhaltung des ursprünglich geltend gemachten Rechtsverhältnisses dieses lediglich auf einen anderen Erwerbsgrund gestützt wird. [3])

2) Anders als bei dinglichen Klagen liegt die Sache bei persönlichen, weil hier mit der veränderten Begründung in der Regel auch der Anspruch selbst ein anderer wird (quot causae, tot obligationes). Wenn Jemand auf Grund eines Darlehens 1000 M. verlangt und dann diese Forderung auf einen Kaufantrag stützt so handelt es sich nicht mehr um eine veränderte Begründung sondern um einen anderen Anspruch. Ja dasselbe kann der Fall sein obgleich es sich um ein Rechtsverhältniss derselben Art z. B. ein Darlehensverhältniss handelt. Es liegt eine Klageänderung vor wenn Jemand, der einer bestimmten Person mehrere Darlehen gegeben nachdem er wegen des einen geklagt hat, auf ein anderes überspringen will. Ob veränderte Angaben über Zeit, Ort u. s. w. bloss den Charakter der Berichtigung haben oder ob es sich in Folge derselben

[1]) V. auch Fitting im Archiv für civilist. Praxis Bd. 61 S. 422 ff., insbes. S. 427—431.

[2]) V. auch Seuffert S. 278; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 217; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 312; Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 143. A. M. sind Gaupp II S. 28, 77; Kleiner II S. 56.

[3]) V. die Abhandl. des Verf. in Busch's Zeitschrift Bd. III S. 385 ff., insbes. S. 397, 402, 406 ff., 413 ff.; ferner Siebenhaar S. 241 ff.; von Sarwey I S. 237; Wach Vorträge S. 15 ff. insbes. S. 21; Förster preuss. Privatrecht, IV Aufl. herausgegeben von Eccius S. 227, 278. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 217; Wilmowsky-Levy II. Aufl. S. 288; Puchelt II S. 5; Endemann II S. 8; Hellmann II S. 5; von Bülow S. 150; Gaupp II S. 5. Dass bezüglich der Frage das bürgerliche Recht entscheidend sei, behaupten: Seuffert S. 246 und Kleiner II S. 6 und 7.

um ein anderes Rechtsverhältniss handelt, ist eine im einzelnen Fall nach den Umständen zu entscheidende thatsächliche Frage. [1])

3) Behauptet der Kläger anfangs, es stehe ihm selbst eine Forderung zu und will dieselbe dann als Vertreter eines Dritten (z. B. als Vormund) geltend machen, so liegt eine Klageänderung vor. [2]) Ebenso wird eine solche in der Regel anzunehmen sein wenn der Kläger zunächst kraft eigenen Rechts eine Forderung einklagt und dann behauptet, es stehe ihm als Rechtsnachfolger eines Dritten eine Forderung von gleichem Betrag zu. [3]) Dagegen liegt eine Klageänderung nicht vor wenn anfangs behauptet wird, der Beklagte hafte auf Grund eines Kaufs oder Darlehens allein und dann, er habe sich gemeinschaftlich mit mehreren anderen Personen verpflichtet. [4])

II. Einwilligung des Beklagten. (§ 241.)

Die Einwilligung des Beklagten, die um eine Klageänderung im Sinne der C.-P.-O. zulässig erscheinen zu lassen regelmässig erforderlich ist aber in erster Instanz hiezu auch immer genügt, kann in jeder beliebigen Form gegeben werden. Sie ist unbedingt also ohne dass ein Gegenbeweis zugelassen werden darf anzunehmen wenn sich der Beklagte in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat statt die Unzulässigkeit derselben geltend zu machen. Das Vorbringen einer prozesshindernden Einrede enthält eine solche Einlassung auf die Klage nicht. (§ 247.) [5]) Das Ausbleiben des Beklagten ist als Zustimmung nicht anzusehen und kann die Klageänderung sonach in einem Versäumnissurtheil nicht berücksichtigt werden. Auch diejenigen Aenderungen, welche unter § 240 Nr. 1—3 fallen also eine Klageänderung nicht enthalten, müssen dem ausgebliebenen Beklagten übrigens nach § 300 mitgetheilt werden. [6]) Wird durch die Klageänderung die Zuständigkeit des Gerichts in Frage gestellt, so wird diese soweit eine Vereinbarung zulässig ist durch die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Beklagten begründet. (§ 39.) Ist aber bezüglich der abgeänderten Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand bei einem anderen Gerichte begründet oder wird ein vermögensrechtlicher Anspruch durch einen nicht vermögensrechtlichen ersetzt, der vor ein anderes Gericht gehört, so kommt § 40 zur

[1]) V. die Abh. des Verfassers in Busch's Zeitschr. Bd. III S. 400 ff.; ferner hanseat. O.-L.-G. 10. April 1880, d. Juristenztg. Bd. V. S. 589.

[2]) Entscheid. des obersten Gerichtshofs für Baiern Bd. I S. 348 ff. und Bd. IV S. 572 ff.

[3]) V. Entscheid. des obersten Gerichtshofes für Baiern Bd. IV S. 754; O.-L.-G. Karlsruhe 26. April 1880, d. Juristenzeitung IV S. 579.

[4]) V. die angef. Entscheidungen Bd. II S. 230 ff.

[5]) V. die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschr. für d. Civilprozess Bd. II S. 161 ff., insbes. S. 173 ff.; ferner: Seuffert S. 277; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 218; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 314; Gaupp II S. 50. A. M. sind: von Sarwey I S. 365; Endemann II S. 34.

[6]) V. Seuffert S. 275; Wach, Vorträge S. 139 ff. Letzterer schreibt den Motiven die entgegengesetzte Ansicht wohl mit Unrecht zu. („Unter der Voraussetzung rechtzeitiger Mittheilung.“)

Anwendung. Die Rüge einer Klageänderung ist keine prozesshindernde Einrede. Der Beklagte ist sonach nicht von der Verpflichtung zur Einlassung befreit. (Bem. zu § 247.)

III. Ausschluss der Anfechtung. (§ 242.)

Die Vorschrift des § 242 wurde durch die J.-K. beigefügt um die Streitigkeiten über eine Klageänderung möglichst einzuschränken und insbesondere den Fall unmöglich zu machen, dass die Verhandlungen der ersten Instanz dadurch, dass in zweiter Instanz eine Klageänderung angenommen wird, alle Bedeutung verlieren (K. 531 ff.). Hienach ist falls das Gericht entschieden hat, es liege keine Klageänderung vor, jede Möglichkeit ausgeschlossen, die Frage durch ein Rechtsmittel in eine höhere Instanz zu bringen. Diese Ausschliessung der Anfechtung gilt auch für die Entscheidungen in der Berufungsinstanz. (§ 485.)[1]) Die Entscheidungen, durch welche eine Klageänderung angenommen wird, können in der gewöhnlichen Weise durch Rechtsmittel angefochten werden.

§ 243.

Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, dass der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urtheil auszusprechen.

Wird die Klage von neuem angestellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenerstattung erfolgt ist.

(E. § 234. M. 468. K. 79.)

[1]) V. R.-G. 17. Sept., 6. Okt. und 3. Dez. 1880 und 15. Febr., 11. März und 9. April 1881; jur. Wochenschrift J. 1881 S. 4 und 69, deutsche Juristenzeitung Bd. V. S. 475, Annalen des Reichsgerichts Bd. II S. 509 ff., Bd. III S. 530; Entscheid. Bd. III S. 371 und 413, Bd. IV S. 391 ff.

1) Die mit Zustimmung des Beklagten erfolgte Zurücknahme unterliegt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Verträge. Der § 243 regelt daher nur die einseitige Zurücknahme durch den Kläger. Deren Formen können jedoch auch dann angewandt werden, wenn die Zurücknahme zufolge einer Uebereinkunft erfolgt. Die einseitige Zurücknahme ist dem Kläger nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gestattet. Später ist die Zustimmung des Beklagten erforderlich. Die Verhandlung zur Hauptsache bildet den Gegensatz zur Verhandlung über die prozesshindernden Einreden (§§ 247, 248); mithin kann der Kläger im Falle des Vorbringens solcher Einreden noch nach Erledigung derselben die Klage zurücknehmen (M. 468). Ebenso ist die Zurücknahme gestattet solange nur der Kläger, nicht aber der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat. Die Zurücknahme der Klage, welche die Anstellung einer neuen Klage nicht ausschliesst, ist wohl zu unterscheiden von dem Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch, von welchem § 277 handelt. Was in § 243 von der Klage gesagt ist, gilt auch von der Widerklage, welche nicht beliebig zurückgezogen werden darf. (Bem. zu §§ 251 ff.) [1])

2) Erfolgt die Zurücknahme der Klage in der mündlichen Verhandlung, was auch dann geschehen kann wenn der Beklagte ausblieb, so ist sie auf Antrag durch einen Schriftsatz, der dem Sitzungsprotokoll als Anlage beigefügt wird, festzustellen (§§ 146 und 270). Ausserdem bedarf es der Zustellung eines Schriftsatzes. Durch diese wird der festgesetzte Termin nicht ohne Weiteres beseitigt da der Beklagte ein Recht darauf hat, dass die Verpflichtung zur Kostentragung durch Urtheil festgestellt werde. [2]) Erscheint der Kläger der die Klage zurückgenommen hat, im Termin nicht so kann der Beklagte wegen der Kosten Versäumnissurtheil beantragen. Die Unterlassung der in Abs. 2 vorgeschriebenen Hinterlegung des Schriftsatzes hat keine sachlichen Nachtheile zur Folge (Bem. 2 zu § 124).

3) Die Zurücknahme der Klage beseitigt alle Wirkungen, welche durch das Prozessrecht und das bürgerliche Recht an die Rechtshängigkeit geknüpft sind, so dass kraft Gesetzes die Sache in die Lage zurückversetzt wird, in welcher sie sich vor Erhebung der Klage befand. Insbesondere gilt auch die durch Zustellung der Klageschrift bewirkte Unterbrechung der Verjährung als nicht geschehen (M. 468). Mit der Klage kommen auch alle Einreden des Beklagten einschliesslich der Kompensationseinrede in Wegfall. (Bem. zu § 136.) Dagegen wird an der durch die Widerklage begründeten Rechtshängigkeit nichts geändert. [3])

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 218; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 315; Seuffert S. 279; Endemann II S. 54 und 60; Kleiner II S. 63; Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 142. A. M. sind: Hellmann II S. 47; Gaupp II S. 84. V. auch würtemb. Gerichtsbl. Bd. 17 S. 85 ff.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 219; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 317; Gaupp II Seite 54; ferner würtemb. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 85. A. M. ist das O.-L.-G- Dresden 3. März 1880, V. Annalen I S. 353, Wenglers Archiv. N. F. Bd. I S. 292, deutsche Juristenzeitung Bd. IV S. 529 ff.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 219; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 317; Gaupp II S. 55; Schollmeyer, Zwischenstreit S. 22.

4) Die in Abs. 3 des § ausgesprochene Verpflichtung des Klägers, die Prozesskosten zu tragen, trifft denselben auch dann wenn ihm das Armenrecht bewilligt war (§ 106). Es hat der Gegner auch in diesem Fall das Recht, diese Verpflichtung durch Urtheil feststellen zu lassen und die Kosten zwangsweise beizutreiben. Ebenso muss dem Beklagten ungeachtet des dem Kläger bewilligten Armenrechts die Befugniss zustehen, die Einlassung auf die neuerdings angestellte Klage zu verweigern bis die Kostentragung erfolgt ist. Auch kann bei der bestimmten Fassung des Gesetzes der Beklagte der ihm zustehenden Einrede (§ 247 Nr. 5) nicht dadurch verlustig werden, dass der Kläger sein Unvermögen zur Erstattung der Kosten nachweist. [1]) Die in § 243 Abs. 4 enthaltene Bestimmung darf nicht auf andere Fälle z. B. auf denjenigen, dass die Klage wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozessart zurückgewiesen wird, ausgedehnt werden. Die in § 247 Nr. 5 vorgesehene prozesshindernde Einrede bezieht sich bloss auf § 243 Abs. 4. (V. Bem. I. 3. c. zu §§ 247 ff.)

§ 244.

Der Beklagte hat dem Kläger mittels vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.

§ 245.

Insoweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigungen keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, dass der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzutheilen sind.

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 220; Wilmowski Levy II. Aufl. S. 317; Hellmann I S. 368; von Sarwey I S. 195; Gaupp II S. 55; Löning in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess IV S. 39 ff. A. M. ist Puchelt II S. 32.

§ 246.

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

(E. §§ 235—237. M. 468 und 469. K. 79.)

1) Die in § 244 festgesetzte Frist zur Klagebeantwortung ist keine feste sondern eine bewegliche da sie sich nach dem Zeitraum richtet, der zwischen der Zustellung der Klage und dem Verhandlungstermin liegt. Wird die Einlassungsfrist abgekürzt so kürzt sich dem entsprechend die Frist, innerhalb welcher die Klagebeantwortung zuzustellen ist. Nach § 204 Abs. 2 kann die Einlassungsfrist in einem solchen Masse abgekürzt werden, dass die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze überhaupt nicht vorbereitet werden kann (M. 469). Sachliche Nachtheile hat die Nichtbeachtung der Vorschrift so wenig zur Folge wie die des § 120. Der Kläger hat in diesem Falle nur das Recht, eine Vertagung zu verlangen und der Beklagte (nach § 90) die dadurch verursachten Kosten zu tragen bezw. die Anwendung des § 48 G.-K.-G. zu gewärtigen.[1]) Eine Abschrift der Klagebeantwortung ist nach § 124 auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen.

2) Das Gesetz geht von der Annahme aus, dass regelmässig zwei Schriftsätze — die Klageschrift und die Klagebeantwortung — genügen, um die mündliche Verhandlung ausreichend vorzubereiten. Für den Fall, dass diese Annahme nicht zutrifft, kommt § 245 zur Anwendung. (M. 468.) Auch wenn dieser Fall nicht vorliegt ist die Fortsetzung des Schriftenwechsels (Replik, Duplik u. s. w.) nicht ausgeschlossen. Die Kosten, welche durch unnöthigen Schriftenwechsel entstanden, sind jedoch nach § 87 nicht zu ersetzen. Ist der in § 245 bezeichnete Fall gegeben so ist es nicht nothwendig, dass die Frist des § 123 eingehalten werde. Die Mittheilung ist rechtzeitig wenn sie so zeitig erfolgt, dass vor der mündlichen Verhandlung die Vorbereitung auf das neue Vorbringen beschafft werden kann, mag auch zwischen der Zustellung der Mittheilung und dem Verhandlungstermine ein geringerer Zeitraum liegen als die in § 123 vorgeschriebene Minimalfrist. (M. 469, Hann. Prot. Bd. 17 S. 6385 u. Pr. II S. 544.)[2]) Stellt sich in der mündlichen Verhandlung heraus, dass die gewechselten Schriftsätze nicht ausreichen so hat das Gericht die Befugniss, die Fristen zu bestimmen, innerhalb deren die noch erforderlichen Schriftsätze zuzustellen sind.

3) Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 127 ff., deren Bestimmungen noch durch die der §§ 269 und 270 ergänzt werden. Diese Bestimmungen haben jedoch unbedingte Geltung nur für die ordentliche mündliche Verhandlung d. h. für diejenige, welche in allgemeiner und obligatorischer Weise vorgeschrieben ist, nicht für die sogen. fakultative mündliche Verhandlung, welche nur dann stattfindet wenn das Gericht dieselbe anordnet. In den Fällen, in

[1]) V. O.-L.-G. Dresden 12. Mai 1880, Annalen Bd. I S. 455 ff.

[2]) Die in den Motiven aufgestellte Ansicht wird von Puchelt (Bd. II S. 34) mit Unrecht bekämpft. V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 221; Seuffert S. 281; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 31; von Sarwey I S. 368; Endemann II S. 39. 40; Kleiner II S. 65.

welchen das Gesetz bestimmt, dass die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden könne (v. die §§ 37, 46, 49, 97, 99, 117, 160, 187, 203, 205, 225, 290, 304, 371, 451, 536, 647, 657, 684, 688, 690, 696, 710, 776, 801, 813, 816, 820, 824) ist das Gericht in der Lage die Entscheidung zu treffen ohne dass der Gegner gehört worden ist oder nachdem demselben Gelegenheit gegeben wurde sich schriftlich zu äussern. Die schriftlichen Aeusserungen der Parteien dienen sonach als Unterlage der Entscheidung. Es gilt nicht der Satz, dass der Richter nur dasjenige berücksichtigen darf, was ihm mündlich vorgetragen worden ist. Vielmehr dient auch die mündliche Verhandlung ebenso wie das schriftlich vorliegende Material nur als Mittel zur Information des Gerichts, das von dieser Verhandlung ganz absehen kann. Daraus ergibt sich, dass diese „fakultative" mündliche Verhandlung nicht dieselbe Bedeutung und demnach auch einen anderen Charakter hat als diejenige mündliche Verhandlung, welche erfolgen muss und deren Ergebnisse die ausschliessliche Grundlage für die Entscheidung des Richters geben. Die Vorschriften der C.-P.-O. über die mündliche Verhandlung unter den Parteien müssen zwar auch auf diejenige Verhandlung entsprechende Anwendung finden welche das Gericht angeordnet hat indem es von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch machte sofern die Beschaffenheit dieser fakultativen Verhandlung nicht damit in Widerspruch steht. Aber eine Reihe von Bestimmungen für das gewöhnliche Verfahren passen für die fakultative mündliche Verhandlung nicht. Die Ladung zur Verhandlung geht hier nicht von der Gegenpartei sondern vom Gericht aus, das diese Verhandlung durch Beschluss anordnet. (§ 294 Abs. 3.) Es fällt die Verpflichtung der Parteien zur Zustellung vorbereitender Schriftsätze weg und gelten nicht die Vorschriften über die Einlassungs- und Ladungsfrist. Die Entscheidung erfolgt durch Beschluss und ein eigentliches Versäumnissverfahren findet nicht statt. Insbesondere kommen die Bestimmungen der §§ 295 ff. nicht zur Anwendung. [1])

§ 247.

Prozesshindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.

Als solche Einreden sind nur anzusehen:

1. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,
2. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,
3. die Einrede der Rechtshängigkeit,
4. die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozesskosten,
5. die Einrede, dass die zur Erneuerung des Rechts-

[1]) V. hiezu Hoffmann bei Rassow und Küntzel Bd. 24 (dritte F. Bd. IV) S. 730 ff. Wach Vorträge S. 110 ff.; Eccius bei Rassow u. Küntzel a. a. O. S. 599.

streits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,

6. die Einrede der mangelnden Prozessfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozesshindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

§ 248.

Ueber prozesshindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnet.

Das Urtheil, durch welches die prozesshindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff des Rechtsmittels als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, dass zur Hauptsache zu verhandeln sei.

(E. §§ 238 und 239. M. 469. K. 79 ff.)

I. Begriff und Bedeutung der prozesshindernden Einreden.[1] **Vorschriften über deren Geltendmachung.** (§ 247.)

1) Im Anschluss an den römischen und älteren deutschen Prozess lässt die C.-P.-O. eine Trennung der Verhandlung über die prozessualen Vorbedingungen für einen Rechtsstreit — über die Prozessvoraussetzungen — vor der Verhandlung über die Hauptsache zu so dass das Verfahren in zwei Abschnitte — das Vorverfahren bezüglich der prozesshindernden Einreden und das Hauptverfahren — zerfallen kann. Dies geschah weil man das mündliche Verfahren

[1]) Bezüglich der Lehre von den „prozesshindernden Einreden" sind zu vergleichen: Bülow: Die Lehren von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen; die Abhandlungen von Bolgiano und Osterloh in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 47 ff., Bd. II S. 518 ff. und Bd. III S. 43 ff.; Birkmeyer, das gegenseitige Verhältniss zwischen §§ 38 ff. und 247 C.-P.-O.; ferner die Abhandlungen des Verfassers in Busch's Zeitschrift Bd. II S. 161 ff. und III S. 203 ff.

für so elastisch hielt, dass man von der, gegen Recht und Billigkeit verstossenden, Nöthigung des Beklagten absehen könne, auf einen Rechtsstreit sich einzulassen bevor feststehe ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen. (M. 469.) Die Trennung kann sowohl auf Antrag der Parteien als von Amtswegen angeordnet werden.

2) Die Einwände, welche § 247 Nr. 1—6 als „prozesshindernde Einreden" zusammenstellt, betreffen insgesammt Prozessvoraussetzungen im Sinne der C.-P.-O. Als solche sind diejenigen Umstände anzusehen, welche vorhanden sein müssen, wenn der Kläger zum Beginn und zur sofortigen Durchführung des Prozesses berechtigt sein soll und deren Mangel in einem § 248 vorgesehenen Vorverfahren geltend gemacht werden kann. [1]) Die Prozessvoraussetzungen mit den dilatorischen, sich auf den Anspruch selbst beziehenden, Einreden zusammenzuwerfen, wurde absichtlich vermieden. Desshalb wurden auch die in anderen Prozessgesetzen unter den prozesshindernden Einreden aufgeführten Einwände der nicht ordnungsmässigen Ladung und der noch laufenden Ueberlegungs- und Inventarisationsfrist (Code de proc. Art. 174, Bayern Art. 185) ausgeschieden. Der erstere wird durch die Vorschrift des § 267 gedeckt, während der letztere dem bürgerlichen Rechte angehört und den Anspruch selbst bezielt. (M. 469.) Als prozesshindernde Einreden sind nach der klaren Bestimmung des Gesetzes „nur" die in § 247 aufgezählten Einwände anzusehen. Insbesondere fallen die peremtorischen Einreden der rechtskräftig entschiedenen oder verglichenen Sache, welche bisher vielfach als prozesshindernd behandelt wurden, ebensowenig unter die Vorschrift der §§ als die lediglich dilatorischen Einreden, z. B. die exc. pacti de non petendo. Die Ansicht Bolgiano's (Busch's Zeitschr. Bd. I S. 52 Bd. II S. 529 ff., Handbuch S. 61), dass die sogen. gemeinverzögerlichen Einreden ebenso wie die prozesshindernden vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht werden müssen, steht mit dem Wortlaut des Gesetzes wie mit den Motiven in Widerspruch. Ebenso wenig lässt sich aber die Ansicht rechtfertigen, dass die Ablehnung eines Richters (43), die exceptio plurium consortium (§ 59), die Benennung des Auktors (§ 73) oder die Rüge der Klageänderung (§ 243) als prozesshindernde Einreden anzusehen oder doch diesen Einreden gleichgestellt seien. Die exc. plurium litisconsortium, welche Fitting (Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 434) zu den prozesshindernden Einreden zählt, ist materiellrechtlicher Natur. Die übrigen Einreden befreien — abgesehen von der Benennung des Auktors — nicht von der Verpflichtung zur Einlassung auf die Hauptsache und brauchen nicht gleichzeitig mit den in § 247 aufgezählten prozesshindernden Einreden vorgebracht zu werden. Theils ist vorgeschrieben, dass sie noch vor dieser vorgebracht werden müssen. Theils können sie noch nach der Entscheidung über dieselben geltend gemacht werden. [2])

[1]) V. auch die Abhandlung des Verfassers a. a. O. Bd. II S. 165 und 204 ff.; ferner: Osterloh a. a. O. S. 44 ff., insbes. S. 48; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 223; Seuffert S. 283; Puchelt II S. 3; von Sarwey I S. 369. A. M. ist Bolgiano in Busch's Zeitschr. Bd. I S. 48 und Bd. II S. 519 ff.

[2]) V. hiezu die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. II S. 161 ff. und Bd. III S. 43 ff.; ferner Osterloh a. a. O. S. 84 ff.; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 223, 224; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 319; Gaupp II S. 59; Westerburg in den Beiträgen zur Erläut. des d. Rechts (Rassow und Küntzel) Bd. 24 (dritte

In der J.-K. beantragte Bähr, in Nr. 6 die Einrede der mangelnden Bevollmächtigung zum Prozesse und als Nr. 7 noch die Einrede der unzulässigen Klagenverbindung oder der unzulässigen Widerklage-Erhebung beizufügen. Diese von den Regierungskommissären lebhaft bekämpften Anträge wurden jedoch abgelehnt. In Beziehung auf den ersten Punkt bemerkte von Amsberg die Folge des Antrags würde sein, dass die Einrede des Mangels der Vollmacht im späteren Prozessstadium nicht mehr geltend gemacht werden könne und eine Ungleichheit zwischen dem Kläger und dem Beklagten entstehe, während er bezüglich der letzteren Einwendungen hervorhob: „Es gehöre nicht zu den wesentlichen prozessualischen Voraussetzungen, ob eine Klagenverbindung korrekt sei oder nicht. Bevor die Verhandlung durchgeführt sei, werde sich ein Urtheil über die Zulässigkeit einer Klagenverbindung kaum schöpfen lassen. Dasselbe gelte von der Widerklagenzulassung.“ Bezüglich des zweiten Antrags wurde noch von Kurlbaum bemerkt: „Derselbe scheine ihm auf einer Verwechslung des Rechts, auf Trennung der Verhandlung anzutragen, mit einer gerichtsablehnenden Einrede zu beruhen. Dem Gericht stehe es in jedem Prozessstadium frei, die Trennung zu beschliessen. Aber wenn der Beklagte die Unzulässigkeit einer Klagenkumulation, der Widerbeklagte die Unstatthaftigkeit der Widerklage nicht rüge, so trete Prorogation ein.“ (K. 79, 80.)

3) Bezüglich der einzelnen im § aufgezählten Einreden ist Folgendes zu bemerken:

a. Die Einrede der Unzuständigkeit kann sich auf den Mangel der sachlichen wie den der örtlichen Zuständigkeit stützen. (V. Bem. zu § 1 und §§ 12 ff.) Soweit es sich um diese Einrede handelt kommen übrigens die §§ 39 ff. zur Anwendung und ist die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Vereinbarung nur nach diesen §§, nicht nach § 247 Abs. 3 zu beurtheilen. Handelt es sich um eine Widerklage so kommt § 247 zur Anwendung wenn mit der Zulässigkeit der Widerklage auch die Zuständigkeit des Gerichts beseitigt und diese Unzuständigkeit geltend gemacht wird. Ist das Gericht aber bezüglich des der Widerklage zu Grund liegenden Anspruchs aus anderen Gründen zuständig so hat die Bestreitung der Zulässigkeit nicht den Charakter einer prozesshindernden Einrede.

b. Die Frage ob der Rechtsweg überhaupt zulässig ist, muss nach der geltenden Landesgesetzgebung beurtheilt werden. Insbesondere ist nach dieser zu entscheiden ob die Zuständigkeit der Gerichte oder die von Verwaltungsbehörden begründet ist (§ 13 G.-V.-G.). In welcher Weise die Zulässigkeit des Rechtswegs festgestellt wird, ist in § 17 G.-V.-G. geregelt. Unter Nr. 2 des § 247 fällt auch die Einrede, dass die Entscheidung vermöge eines Schiedsvertrags (§ 851) durch Schiedsrichter erfolgen müsse. Die bei diesem Einwand behauptete Vereinbarung, durch welche der Rechtsweg ausgeschlossen sein soll, bezieht sich ebenso wie die hinsichtlich der Zuständigkeit erfolgende Vereinbarung nicht auf den Anspruch selbst sondern nur auf die Art, wie über denselben entschieden werden soll, ist also nicht materiellrechtlicher Natur. Wenn durch Vereinbarung ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet wurde beruht die Unzuständigkeit gleichfalls

F. Bd. IV.) S. 170 ff. Theilweise a. M. sind: Puchelt Bd. II S. 37; Bolgiano im Handbuch S. 61 und in Busch's Zeitschrift Bd. I. S. 47 ff.; Bd. II S. 518 ff.; Meyer in den Beitr. zur Erläut. des d. Rechts Bd. 22 (dritte F. Bd. II) S. 7.

auf dem Willen der Parteien. Der aus derselben abgeleitete Einwand ist aber doch als prozesshindernde Einrede anzusehen. [1])

c. Bezüglich der Einreden unter 3—6 ist auf die §§ 235 Nr. 1, 102—104, 243 Abs. 4 und 50—55 zu verweisen. Die prozesshindernde Einrede, dass die Erstattung der Kosten des früheren Prozesses noch nicht erfolgt sei, ist nur dann begründet wenn § 243 Abs. 4 C.-P.-O. zutrifft, nicht wenn der Kläger im Urkundenprozess wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozessart im ordentlichen Verfahren Klage erhebt. § 247 setzt voraus, dass eine Einrede besteht und bestimmt nur für gewisse Einreden, dass sie prozesshindernd wirken. [2])

4) Aus der Natur der prozesshindernden Einreden ergibt sich von selbst, dass sie vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden müssen und zwar ohne Rücksicht darauf ob auf Grund derselben die abgesonderte Verhandlung und Entscheidung beantragt wird oder nicht. Eine spätere Geltendmachung ist nur in den Fällen des § 247 Abs. 3 gestattet und auch hier nicht soweit es sich um die Einrede der Unzuständigkeit handelt und eine stillschweigende Vereinbarung vorliegt. (Bem. 4 zu §§ 38, 39.) [3]) Zu den prozesshindernden Einreden, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, gehören die in Nr. 1, 2 und 6 des § aufgeführten, die Einrede Nr. 1 jedoch nur insoweit, als eine Vereinbarung ausgeschlossen ist. (M. 469.) Alle prozesshindernden Einreden sind ausserdem gleichzeitig vorzubringen. Hat der Beklagte dies versäumt und sich in erster Linie auf die Geltendmachung einer einzigen Einrede (z. B. der Einrede der Unzuständigkeit) beschränkt so tritt jedoch nicht die in Abs. 3 des § angedrohte Folge ein. Vielmehr kann der Beklagte solange er sich nicht auf die Hauptsache eingelassen hat noch alle prozesshindernden Einreden geltend machen und nur die Einlassung auf die Hauptsache nicht mehr verweigern. Der Verlust der Einrede ist in § 247 Abs. 3 nur für den Fall als Rechtsnachtheil angedroht, dass eine prozesshindernde Einrede nach der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht war. Es muss daher angenommen werden, dass die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des gleichzeitigen Vorbringens nicht diese Rechtsfolge sondern nur den Rechtsnachtheil nach sich ziehen soll, dass die Verhandlung zur Hauptsache nicht länger mehr verweigert werden darf. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut, wie der Grund des Gesetzes. [4]) Die Vorschriften der §§ 247 und 248 finden auch hinsichtlich der Widerklagen

[1]) V. die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschrift für Civilprozess Bd. III S. 205, 206 (Anm.); Puchelt Bd. II S. 752; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. X Nr. 91 S. 381 ff. A. M. sind: Siebenhaar S. 283; Seuffert S. 836; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 223; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 321; Osterloh a. a. O. S. 77.

[2]) So auch von Sarwey I S. 371; Struckmann-Koch u. s. w.; ferner L.-G. Leipzig 8. Juli und O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1880 Wenglers Archiv N. F. Bd. II S. 353 ff.

[3]) V. auch Seuffert S. 283, Fitting, Lehrbuch S. 44; Bülow im Archiv für civilist. Praxis Bd. 62 S. 38 ff. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 30; Endemann II S. 294; Gaupp I S. 127.

[4]) V. die Abhandl. des Verfassers bei Busch Bd. II S. 175 ff. und III S. 210 ff.; Seuffert S. 283; von Sarwey I S. 370; Osterloh a. a. O. S. 58 ff. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl, S. 222; Wilmowsky-Levy II. Aufl. S. 320; Hellmann II S. 52; Endemann II S. 42 ff. Kleiner II S. 67 ff.; Gaupp II S. 60 ff.

Anwendung. Die Bestimmung des § 247 Nr. 4 ist übrigens gegenstandslos, da der ausländische Widerkläger nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist. [1]) Bezüglich des amtsgerichtlichen Verfahrens sowie der Berufung und Revision enthalten die §§ 465, 490 und 529 besondere Bestimmungen.

II. Besondere Verhandlung und Entscheidung. Ergreifung von Rechtsmitteln.
(§ 248.)

1) Wenn der Beklagte den Vorschriften des § 247 genügt hat und die Einlassung auf die Hauptsache verweigert so muss über die prozesshindernden Einreden besondere Verhandlung und Entscheidung erfolgen. Aber auch ausserdem kann das Gericht von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnen. In der Regel wird sich diese auf alle prozesshindernden Einreden erstrecken; sie kann aber auch zunächst auf eine oder die andere der Einreden beschränkt werden. (§ 137.) Die Verweigerung der Einlassung kann auch dann noch bei der mündlichen Verhandlung erfolgen wenn es unterlassen wurde, die prozesshindernden Einreden in einem vorbereitenden Schriftsatz geltend zu machen. Jedoch kann in diesem Falle im Anwaltsprozess § 48 G.-K.-G. zur Anwendung kommen. [2])

2) Wird eine prozesshindernde Einrede als begründet angesehen, so ist die Klage, „wie sie angebracht ist" (oder „angebrachter Massen") abzuweisen, ohne dass über die Sache selbst entschieden wird. Je nachdem die Einrede in dem einen oder anderen der im § 247 bezeichneten Umstände ihren Grund hat kann dieser im Urtheilssatz (durch die Worte „von hier" „zur Zeit" u. s. w.) besonders hervorgehoben werden. Die Klage kann zwar nicht mehr „angebrachter Massen" abgewiesen werden, weil sie nicht gehörig substanziirt sei. (Bem. 2 zu § 130.) Aber dadurch wird nichts daran geändert, dass die Klage in anderen Fällen aus rein äusserlichen Gründen abgewiesen werden muss ohne dass über den Grund der Klage zu entscheiden ist. Das die Klage abzuweisende Urtheil ist ein Endurtheil, gegen das die gewöhnlichen Rechtsmittel zustehen. Es steht aber einer wiederholten Anstellung der Klage nur insoweit im Wege als die prozesshindernde Einrede, über welche entschieden wurde, noch besteht. Das Klagerecht wird durch das Urtheil, das nur eine absolutio ab instantia enthält, nicht konsumirt. Erscheint die Einrede als unbegründet so ist sie durch Zwischenurtheil (§ 275) zu verwerfen. Das Zwischenurtheil könnte an sich nicht selbständig durch Rechtsmittel angefochten werden. Diese Möglichkeit wird dadurch gegeben, dass dasselbe durch Abs. 2 des § in Ansehung der Rechtsmittel dem Endurtheile gleichgestellt wird. Daraus ergibt sich aber auch, dass ein solches Urtheil innerhalb der für die Rechtsmittel festgesetzten Fristen angefochten werden muss und nicht, wie andere Zwischenurtheile, noch mit dem Endurtheile angefochten werden kann. Auch wenn keine abgesonderte Verhandlung stattfand kann übrigens eine prozesshindernde Einrede durch Zwischenurtheil verworfen werden und sonach § 248 Abs. 2 zur Anwendung kommen.

[1]) V. Struckmann-Koch und Wilmowski-Levy a. a. O.; Löning in der Zeitschrift für Civilprozess IV S. 175. A. M. sind: Hellmann II S. 55; Osterloh a. a. O. S. 66 ff.

[2]) V. die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschr. für Civilprozess Bd. III S. 218 ff.

3) Ohne die Schlussvorschrift des § müsste wenn eine prozesshindernde Einrede verworfen wurde das Verfahren ausgesetzt bleiben bis das Urtheil rechtskräftig geworden ist. Zur Vermeidung von Verschleppungen wurde dem Gerichte die Befugniss eingeräumt, auf Antrag die Verhandlung in der Hauptsache anzuordnen obwohl das ergangene Zwischenurtheil angefochten und aufgehoben werden kann. Wird gegen dieses ein Rechtsmittel ergriffen so ist demnach der Prozess in zwei Instanzen zugleich anhängig und es kann eine Trennung der Akten oder die Anfertigung von besonderen Abschriften erforderlich sein.

§ 249.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks zu verweisen.

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgerichte anhängig.

(E. § —. M. —. K. 7. 15. 80. 81.)

1) Der mit § 466 übereinstimmende und der Vorschrift des § 467 nachgebildete § 249 wurde durch die J.-K. eingeschaltet und hat die Bestimmung „die Schäden einer sachlichen Inkompetenzerklärung möglichst zu beseitigen" (K. 81). Derselbe kann nur dann Anwendung finden wenn das Landgericht die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit (auf Grund des § 23 G.-V.-G. Nr. 1 oder 2) abweist, nicht wenn lediglich die örtliche Zuständigkeit fehlt, die Sache also vor ein anderes Landgericht gehört. Ja selbst dann ist die Anwendung des § ausgeschlossen wenn sich das Landgericht zwar für sachlich unzuständig erklärt aber zugleich örtlich unzuständig ist. In diesem Falle sind auch die Amtsgerichte des Bezirks örtlich unzuständig. Das Gericht ist aber nicht befugt, die Sache vor ein anderes Amtsgericht als das „des Bezirks" zu verweisen. [1])

2) Die Verweisung vor ein Amtsgericht kann nur auf Antrag des Klägers erfolgen, der bis zum Schlusse der Verhandlung, in welcher das Urtheil ergeht, gestellt werden kann (§ 251). Dieser Antrag ist auf ein bestimmtes Amtsgericht zu richten und es hat wenn mehrere Amtsgerichte zuständig sind der Kläger zwischen denselben die Wahl (§ 35). Das Gericht kann die Sache nicht vor ein anderes Amtsgericht verweisen als dasjenige, das der Kläger bezeichnet hat. [2]) Uebrigens ist die Entscheidung des Landgerichts für das in Frage stehende Amtsgericht nur bindend soweit es sich um die sachliche, nicht soweit es sich um die örtliche Zuständigkeit handelt. (Bem. 4 zu § 11.)

[1]) V. Seuffert S. 286; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 226; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 324, 325.

[2]) V. auch Seuffert S. 287; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 225; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 325. A. M. ist von Sarwey I S. 374.

3) Durch die Verweisung vor ein bestimmtes Amtsgericht wird die Sache bei demselben anhängig und zwar geschieht dies in der Weise, dass die vorher bei dem Landgerichte begründete Rechtshängigkeit mit allen ihren prozessualen und materiellen Folgen (§§ 235 und 239) fortdauert. Einer neuen Klage bedarf es hienach nicht. Es kann vielmehr jede Partei von dem betr. Amtsrichter auf Grund der Verweisung die Festsetzung eines Verhandlungstermins verlangen und den Gegner hiezu laden lassen (§ 193). Die vor dem Landgericht entstandenen Kosten, zu deren Zahlung der Kläger nach § 87 zu verurtheilen ist, werden hier nicht wie im Falle des § 467 als ein Theil der in der Hauptsache entstandenen Kosten behandelt. [1])

§ 250.

Nach Erledigung der prozesshindernden Einreden kann das Gericht in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren anordnen.

(E. § 240. M. 470. K. 81.)

Das vorbereitende Verfahren (§§ 313—319) kann da es sich immer nur auf die Hauptsache nie auf die prozesshindernden Einreden bezieht, erst nach deren Erledigung angeordnet werden, was durch § 250 gesagt wird. Diese Anordnung kann auf Antrag oder von Amtswegen getroffen werden und sich auf das ganze Verfahren oder lediglich auf einzelne Theile desselben erstrecken. (§§ 136, 137.)

§ 251.

Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozesskosten ganz oder theilweise auferlegen.

[1]) V. Seuffert S. 287; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 226; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 325. A. M. ist Kleiner II. S. 78.

§ 252.

Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, dass der Beklagte in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

(E. §§ 241 und 242. M. 470 und 397 ff. K. 81 u. 83—90.)

I. Einheit der mündlichen Verhandlung. Beseitigung der Eventualmaxime. Widerklage. (§ 251 Abs. 1.)

1) Durch § 251 Abs. 1 wird die Eventualmaxime, welche in § 247 bezüglich der prozesshindernden Einreden in gewissem Masse beibehalten ist, hinsichtlich aller übrigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel beseitigt und der bereits bei § 119 (Bem. 4) erörterte Grundsatz, dass die mündliche Verhandlung von ihrem Beginn bis zum Erlass des Endurtheils als ein Ganzes zu betrachten sei, zur praktischen Geltung gebracht. Grundsätzlich können hienach sämmtliche einer Partei zustehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel nicht bloss bis zum Schlusse einer bestimmten mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden sondern ihre Geltendmachung kann auch in den etwaigen späteren Verhandlungen erfolgen und wird erst durch das auf diese ergehende Urtheil ausgeschlossen. Jede vor diesem liegende mündliche Verhandlung gilt als Fortsetzung der früheren und die verschiedenen Verhandlungen sind obgleich sie äusserlich in mehrere zeitlich getrennte Akte zerfallen als eine Verhandlung anzusehen. Ja auch wenn die Verhandlung bereits geschlossen war aber wieder aufgenommen wird kommt die Vorschrift des § 251 Abs. 1 zur Anwendung. (Bem. 2 zu § 141.)

Zu den Urtheilen, welche die Verhandlung abschliessen gehören alle Arten von Urtheilen im Sinne der C.-P.-O. also nicht bloss die den Prozess ganz oder theilweise erledigenden unbedingten oder bedingten Endurtheile einschliesslich der Theilurtheile (§§ 272 und 273), sondern auch die Zwischenurtheile (§ 275). Diese letzteren Urtheile sind nach § 289 für das Gericht bindend und schliessen das Zurückkommen auf den durch sie erledigten Prozessstoff aus. Es ist desshalb das Vorbringen von neuen Rechtsbehelfen, welche sich auf den durch das Zwischenurtheil erledigten Streitpunkt beziehen, unstatthaft. Dagegen wird durch einfache prozessleitende Verfügungen insbesondere durch einen Beweisbeschluss (§§ 323 ff.) die Geltendmachung neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel nicht ausgeschlossen. Ein Antrag, nach welchem die bis zum Beweisbeschluss nicht vorgebrachten Einreden u. s. w. von der späteren Verhandlung ausgeschlossen bleiben sollten, wurde von der J.-K. abgelehnt. (K. 81 und 83—89.) Uebrigens gilt der im § aufgestellte Grundsatz für eine Reihe von Fällen nicht. Abgesehen von der

Befugniss des Gerichts, nachträglich geltend gemachte Angriffs- und Vertheidigungsmittel zurückzuweisen (§ 252), bestehen besondere Vorschriften für die Geltendmachung der Einrede der Unzuständigkeit (§ 39), die Ablehnung eines Richters (§ 44), die Benennung des Urhebers (§ 73), die Bestreitung einer Klageänderung (§ 241), die prozesshindernden Einreden (§ 247), die Rüge der Verletzung einer das Verfahren betr. Vorschrift (§ 267) und die im vorbereitenden Verfahren unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen (§ 319).

2) Unter den Begriff der Angriffs- und Vertheidigungsmittel fällt jedes thatsächliche oder rechtliche Vorbringen, auf welches eine Partei ihren Angriff oder ihre Vertheidigung gründet. Jedoch bezieht sich § 251 nicht auf Beweismittel und Beweiseinreden, bezüglich deren § 256 eine besondere mit der des § 251 übereinstimmende Vorschrift enthält. Ausführliche Vorschriften für die prozessuale Behandlung der Widerkage wurden für entbehrlich gehalten, weil die Bestimmungen über die Geltendmachung derselben in der mündlichen Verhandlung (§§ 251, 253, 254) mit genügender Deutlichkeit erkennen liessen, dass die besonderen Vorschriften über die Erhebung der Klage, die Klageschrift, die Einlassungs- und Klagebeantwortungsfrist auf die Widerklage keine Anwendung finden. Desshalb glaubte man sich auf einzelne wenige Bestimmungen über die Behandlung der Widerklage beschränken zu dürfen. Dahin gehören die Vorschriften des § 251 über die Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu welchem die Erhebung einer Widerklage gestattet ist, des § 254 über den Eintritt der Rechtshängigkeit, des § 312 über das Versäumnissurtheil und der §§ 136, 274 über die Trennung der Verhandlung und Entscheidung über die Widerklage von derjenigen über die Hauptklage. Als selbstverständlich wurde es bezeichnet, dass auch für die Widerklage und die Klage des § 253 die Bestimmungen über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze gelten. (M. 474.) Daraus, dass die Widerklage in § 251 Abs. 1 zu den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln gerechnet wird, folgt nicht, dass dieselbe auch soweit es sich um andere Fragen als um die Form und die Zeit der Geltendmachung handelt als blosses Angriffs- oder Vertheidigungsmittel behandelt werden darf. Sie ist ihrer Natur nach eine wirkliche Klage, durch welche ein besonderer, vom Gegenstand des Vorprozesses zu unterscheidender, Anspruch (der Gegenanspruch) geltend gemacht wird. Durch ihre Erhebung wird ebenso wie durch die der Hauptklage Rechtshängigkeit begründet (§§ 235 und 254) und die Entscheidung über die Widerklage bezw. über den mittels derselben geltend gemachten Anspruch ist ebenso der Rechtskraft fähig wie diejenige hinsichtlich der Hauptklage. (§ 293.) Zur Erhebung der Widerklage bedarf es zwar keiner Klageschrift. Vielmehr wird dieselbe ebenso wie die Einreden oder sonstigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel gleichviel ob der Kläger erschienen oder ausgeblieben ist in der mündlichen Verhandlung erhoben, wobei nur bezüglich des zu stellenden Antrags § 269 Abs. 1 zu beachten ist. (Bem. III. 3 zu §§ 295 ff.) Aber im Uebrigen finden hinsichtlich der Widerklage nicht die Vorschriften über die Angriffs- und Vertheidigungsmittel (v. z. B. §§ 64, 65, 91, 95, 137, 252, 262, 275, 300, 426, 502, 503) sondern diejenigen Bestimmungen Anwendung, welche von der Klage handeln. Es gelten bezüglich derselben die Vorschriften über Klage-

änderung und Zurücknahme der Klage (Bem. I zu § 240 u. 1 zu § 243 S. 405 u. 408). Ebenso kommen hinsichtlich der Einreden, welche der Widerklage entgegengesetzt werden können, die §§ 247 und 267 C.-P.-O. zur Anwendung. Die Widerklage hat in jeder Beziehung die Natur einer Klage und ist demgemäss zu behandeln. Es entsteht durch dieselbe ein neuer selbständiger Prozess, dessen Dauer von der des Vorprozesses unabhängig ist. Jedoch wird über die in den beiden Klagen geltend gemachten Ansprüche sowie über die von den Parteien vorgebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel sofern das Gericht nicht auf Grund der §§ 136 Abs. 2 oder 137, bezw. des § 274 etwas Anderes beschliesst stets gleichzeitig und gemeinschaftlich verhandelt. Die Sache liegt in dieser Beziehung ebenso wie wenn der Kläger mehrere Ansprüche in einer Klage verbunden hat. Es liegen mehrere Klagen vor, bei denen jede Partei in dem einen die entgegengesetzte Stellung einnimmt wie in dem anderen. [1]) Was die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Widerklage anbelangt, so wird damit eine Widerklage erhoben werden kann vorausgesetzt, dass im Augenblick der Erhebung ein Prozess anhängig ist, in dem der Widerkläger Beklagter, derjenige, gegen den Widerklage erhoben werden soll, aber Kläger ist. Diese Klage muss in rechtsgültiger Weise erhoben sein und definitiv die Rechtshängigkeit begründen. Wird sie als unzulässig oder wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen so fällt damit auch die Widerklage während dieselbe bestehen bleibt wenn die Klage für unbegründet erklärt oder zurückgenommen wird. Im Urkunden- und Wechselprozess und im Entmündigungsverfahren ist die Widerklage ausgeschlossen (§§ 558 und 608), ebenso in der Berufungsinstanz (§ 491 Abs. 2). Auch im Verfahren für Ehesachen gelten besondere Bestimmungen. (§§ 575 und 587.) Bezüglich der Widerklage selbst müssen alle Voraussetzungen vorliegen, welche bei der gewöhnlichen Klage vorhanden sein müssen. Insbesondere darf wegen des geltend gemachten Anspruchs nicht bereits Rechtshängigkeit bestehen und muss das Gericht sachlich und örtlich zuständig sein. Jedoch ist nach § 33 ein besonderer Gerichtsstand der Widerklage (oder eigentlich Vorklage) begründet, der regelmässig zutrifft, wenn die Zuständigkeit durch Vereinbarung begründet werden könnte und ein gewisser Zusammenhang besteht. Zur Zulässigkeit der Widerklage wird dieser nicht vorausgesetzt. [2])

3) Wenn auch der Beweisbeschluss eine feste Grenze oder einen Abschnitt innerhalb des Hauptverfahrens nicht bildet so trennt er dasselbe doch nach dem regelmässigen Verlauf der Dinge in zwei Theile. Der Verhandlung vor Erlass des Beweisbeschlusses fällt anheim:

[1]) V. hiezu Löning in Buschs Zeitschrift f. d. Civilprozess Bd. IV. S. 1 ff., insbesondere S. 6 ff., 22 ff., 135 ff. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 47. A. M. sind Hellmann I S. 439, II S. 44 ff., 55 ff., Osterloh a. a. O. S. 65 ff.

[2]) Bei Erläuterung des § 33 (S. 55 ff.) ist der Verfasser noch von einer anderen Auffassung ausgegangen. Die Ausführungen von Löning (a. a. O. S. 57 ff.). haben denselben aber überzeugt, dass durch § 33 wirklich nur der Gerichtsstand der Widerklage, nicht die Zulässigkeit derselben geregelt wird, bezüglich derselben vielmehr die allgemeinen Grundsätze gelten. Hienach kommt es auf den in § 33 Abs. 1 vorgesehenen Zusammenhang nicht an wenn die Zuständigkeit des Gerichts ohnedies begründet ist. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich sowohl aus der Stellung des § 33 als aus dem Wortlaut des Abs. 1 und Abs. 2 besonders aus dem letzteren.

a. Die Behauptung der Thatsachen, auf welche die Parteien ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel gründen;

b. die Antretung des Beweises unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sich die Parteien zum Nachweis oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen wollen;

c. das Vorbringen der Beweiseinreden;

d. die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners, über die von demselben bezeichneten Beweismittel sowie über die Beweiseinreden;

e. die Stellung der Anträge durch Verlesung derselben aus einem Schriftsatz (§ 269);

f) die Verhandlung über die Zulässigkeit der Beweismittel;

g) das Editionsverfahren (§§ 389 ff.) und das Echtheitsverfahren in Betreff vorgelegter Urkunden insbesondere das Verfahren durch Schriftvergleichung (§§ 406 ff.) solange nicht Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen oder Eide abzunehmen sind. (M. 470).

Alles, was sich auf diese Punkte bezieht, schon in der ersten Verhandlung über die Hauptsache vorzubringen, ist abgesehen von den Vorschriften der §§ 251 Abs. 2 und 252 schon desshalb geboten weil sich nie mit Sicherheit voraussehen lässt ob das Gericht überhaupt einen Beweisbeschluss erlassen wird und wenn auf Grund der stattgehabten Verhandlung (§ 259) definitiv entschieden wird die nachträgliche Geltendmachung der versäumten Angriffs- und Vertheidigungsmittel nur durch Ergreifung eines Rechtsmittels ermöglicht werden kann. (§§ 491, 502 und 503.)

II. Nachträgliches Vorbringen. Auferlegung der Prozesskosten. (§ 251 Abs. 2.)

Die Auferlegung der Prozesskosten wegen des verspäteten Vorbringens von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln ist in das Ermessen des Gerichts gestellt, das wenn die Voraussetzungen des § vorliegen von Amtswegen von demselben Gebrauch machen, die Anwendung aber auch dann unterlassen kann wenn dieselbe von einer Partei beantragt wurde. Der säumigen Partei können nicht bloss diejenigen Kosten, welche durch die verspätete Geltendmachung verursacht wurden, sondern alle Prozesskosten zur Last gelegt werden. Auch kann das Gericht derselben nach § 48 G.-K.-G. eine besondere Gebühr auferlegen. Dem Geiste des Gesetzes entspricht es aber, der obsiegenden Partei nur diejenigen Kosten zur Last zu legen, die sie verschuldet hat. Ein nachträgliches Vorbringen liegt in der Regel vor wenn ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel erst nach Erlass des Beweisbeschlusses geltend gemacht wurde. (V. Bem. I. 3.) Es kann aber auch dann angenommen werden wenn dasselbe erst am Schlusse der ersten Verhandlung erfolgte. Ob das betr. Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zeitiger hätte geltend gemacht werden können, ist nach freiem Ermessen zu beurtheilen. Dass es absichtlich oder aus grober Nachlässigkeit versäumt wurde, dasselbe früher vorzubringen, wird hier nicht (wie im Fall des § 252) vorausgesetzt. Es wird aber immer ein Verschulden vorliegen müssen, damit die Vorschrift des Abs. 2 zur Anwendung gebracht werden kann.

III. Zurückweisung nachträglich vorgebrachter Vertheidigungsmittel. (§ 252.)

1) Die Vorschrift des § 252, die sich lediglich auf Vertheidigungsmittel des Beklagten bezieht, soll gegen den Missbrauch der den Parteien durch § 251 eingeräumten Befugnisse Schutz gewähren und der durch die Beseitigung der Eventualmaxime hervorgerufenen Gefahr entgegenwirken. Unter die Vertheidigungsmittel des Beklagten sind die Beweismittel und Beweiseinreden, bezüglich deren lediglich die §§ 339 und 398 in Betracht kommen (Bem. I. 2.), nicht zu begreifen. Ebensowenig gehört zu denselben die Widerklage, gegen deren verspätete Geltendmachung lediglich § 136 Abs. 2 Abhülfe gewährt. (M. 474.) Sofern Widerklage erhoben wurde erscheint übrigens der Hauptkläger in Beziehung auf dieselbe als Beklagter. Es kann sonach bezüglich der Vertheidigungsmittel, welche er zur Bekämpfung der Widerklage geltend macht, § 252 zur Anwendung gebracht werden. Damit ein Vertheidigungsmittel zurückgewiesen werden kann, wird vorausgesetzt:

a. dass dasselbe als ein nachträglich vorgebrachtes erscheint;

b. dass die Zurückweisung vom Gegner beantragt wird;

c. dass durch die Zulassung desselben die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde;

d. dass nach der Ueberzeugung des Gerichts der Beklagte in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit das Vertheidigungsmittel nicht rechtzeitig vorgebracht hat.

2) Die Zurückweisung, bei der es sich nicht um eine widerrufliche sondern um eine auch das Gericht bindende Massregel handelt hat nicht durch Beschluss sondern durch Urtheil zu erfolgen.[1]) In der Regel wird dieselbe im Endurtheil erfolgen müssen weil wenn nur ein Zwischenurtheil ergeht durch die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert werden würde.[2]) Wird ein Vertheidigungsmittel in der ersten Instanz zurückgewiesen so kann es in der Berufungsinstanz dessenungeachtet geltend gemacht werden (§ 491). Dem Berufungsgericht steht jedoch die Befugniss zu, dem Beklagten obgleich er obsiegt die Kosten ganz oder theilweise zur Last zu legen (§§ 92 Abs. 2 und 251 Abs. 2.). Bezüglich der Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln, die in der Berufungsinstanz erfolgt, sind die §§ 502 und 503 massgebend. Im Verfahren in Ehesachen findet § 252 in der Berufungsinstanz keine Anwendung.

§ 253.

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Pro-

[1]) V. auch: von Bülow S. 169; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 329. A. M. ist Gaupp II S. 79.

[2]) V. dagegen: von Bülow und Wilmowski-Levy a. a. O.

zesses streitig gewordenes Rechtsverhältniss, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werden.

§ 254.

Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.

(E. §§ 243, 244. M. 474. K. 90, 106—108.)

1) Die in § 231 für zulässig erklärte Feststellungsklage kann nach der Vorschrift des § 253 auch im Lauf des Prozesses erhoben werden und zwar vom Kläger durch Erweiterung des Klagantrags (als Incidentfeststellungsklage) vom Beklagten durch Erhebung einer Feststellungs-Widerklage. Dadurch wird die Möglichkeit gewährt, bezüglich eines im Lauf des Prozesses streitig gewordenen, für die Hauptsache präjudiziellen, Rechtsverhältnisses eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken, welche § 293 sonst nicht oder doch nur ausnahmsweise soweit es sich um die Kompensationseinrede handelt gewährt. Wird eine solche Klage nicht erhoben so kann das Gericht zwar auch in die Lage kommen, sich über präjudizielle Rechtsverhältnisse schlüssig zu machen. Es gibt diese Entscheidung aber soweit nicht ein Zwischenurtheil ergeht (§ 275) nicht zu einer besonderen Verfügung Veranlassung sondern tritt nur in den Entscheidungsgründen hervor und ist desshalb sofern nicht § 293 Abs. 2 zur Anwendung kommt, nicht der Rechtskraft fähig.

2) Damit § 253 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass es sich um ein Rechtsverhältniss handelt, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung im Hauptprozesse wenigstens theilweise abhängt. Es ist jedoch nicht nothwendig, dass gerade die Erweiterung des mittelst der Hauptklage erhobenen Anspruchs in Frage steht. Vielmehr steht dem Kläger auch das Recht zu, durch Incidentfeststellungsklage eine Entscheidung darüber herbeizuführen, dass ein vom Gegner erhobener Anspruch nicht begründet ist. Hienach ist derselbe wenn der Beklagte zum Zweck der Kompensation eine nur theilweise zur Aufrechnung benützte Forderung geltend macht befugt, zu beantragen, dass das Nichtbestehen dieser Forderung durch Urtheil festgestellt werde. Dass es sich um ein streitiges Rechtsverhältniss handeln muss, ist nach dem Wortlaut und Geist des § klar. Eine Klage auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben (v. § 231) kann desshalb im Lauf des Prozesses nicht auf Grund des § 253 sondern nur auf Grund der anderen

Vorschriften der C.-P.-O. erhoben werden.[1]) Die Vorschrift, dass das betr. Rechtsverhältniss im Lauf des Prozesses streitig geworden sein muss, ist nicht so zu verstehen, dass die Feststellungsklage ausgeschlossen ist wenn das Verhältniss schon vorher streitig war. Vielmehr genügt es, dass sich im Laufe des Prozesses die Veranlassung ergab, den Streit zur Entscheidung zu bringen. Liegen die Voraussetzungen des § 253 vor so genügt dies unter allen Umständen, um die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu rechtfertigen. Bei dem Vorhandensein dieser Voraussetzungen muss nach der Vorschrift des Gesetzes angenommen werden, dass der Vorschrift des § 231 genügt ist. Es braucht nicht besonders untersucht zu werden ob ein rechtliches Interesse vorliegt.[2])

Bezüglich der prozessualen Geltendmachung der Incidentfeststellungsklagen gelten dieselben Grundsätze wie bezüglich der Widerklage (Bem. I. 2 zu § 251); es können dieselben hienach bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden. Die Rechtshängigkeit wird nach § 254 erst durch die Geltendmachung des betr. Anspruchs in der mündlichen Verhandlung begründet. Bezüglich eines in einem Nachtrag zur Klageschrift erhobenen Anspruchs findet § 254 keine Anwendung weil durch deren Zustellung erst der Prozess anhängig wird.[3])

Durch § 253, der nach § 491 nur in der ersten Instanz Anwendung finden kann, wird bezüglich der unter dessen Vorschriften fallenden Klagen nicht wie durch § 33 ein besonderer Gerichtsstand begründet. Vielmehr hat es bezüglich der Zuständigkeit bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden. Es kommt jedoch § 33 regelmässig zur Anwendung und es ist der in diesem § vorausgesetzte Zusammenhang in den in § 253 vorausgesetzten Fällen stets vorhanden.[4]) Wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder für die Widerklage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist, fehlt es (nach § 33 Abs. 2) auch bezüglich der Feststellungswiderklage an der Zuständigkeit des Gerichts.[5]) Wenn bei dem Amtsgericht eine Incidentfeststellungs- oder Widerklage erhoben wird, hinsichtlich deren das

[1]) V. Seuffert S. 293; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 329; Löning, in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV. S. 56.

[2]) V. auch: Seuffert S. 293; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 330; Endemann II S. 59; Gaupp I S. 83; II S. 83; Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 16.

[3]) V. Seuffert S. 249; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 233.

[4]) V. hiezu Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV. S. 101 ff., dessen Ausführungen den Verfasser überzeugt haben, dass die früher von ihm (in der ersten Auflage und in Busch's Zeitschr. Bd. II S. 195 ff.) vertheidigte Ansicht unhaltbar ist. A. M. sind Fitting, Lehrbuch S. 41; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 232; Hellmann II S. 346 ff., 533 ff.; Gaupp I S. 82; II S. 83.

[5]) V. die Abhandl. des Verfassers in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. II S. 195 ff.; Seuffert S. 294; Puchelt II S. 49; von Sarwey I S. 384; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 330; Löning a. a. O. S. 101. A. M. sind: Baron in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 39 ff; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 232. Hellmann II S. 72 ff.; Bolgiano Handbuch S. 139; Schollmeyer Zwischenstreit S. 32 ff.; v. Bülow S. 169, 170.

Landgericht zuständig ist, kommt § 467 zur Anwendung. Für den Fall, dass eine solche Klage vor der Kammer für Handelssachen erhoben wird aber vor die Civilkammer gehört, wird durch § 105 G.-V.-G. Vorsorge getroffen.

§ 255.

Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweis oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

In Betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.

§ 256.

Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des § 251 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(E. §§ 245, 246. M. 470 ff. K. 90.)

I. Beweisbeschluss und Beweisverbindung.

1) Der Beweisbeschluss (§§ 323 ff.) hat nach der C.-P.-O. nicht die Bedeutung, einen besonderen Abschnitt des Verfahrens abzuschliessen und den Parteien zu eröffnen, was und von wem zu beweisen sei. Die Beweise sind gleichzeitig mit den Behauptungen anzubieten. Das Gesetz nicht das Gericht sagt den Parteien, was von ihnen zu beweisen sei und wer zu beweisen habe. Demgemäss ist der Beweisbeschluss nur eine Verfügung, welcher die Aufnahme bestimmter Beweise zulässt; er enthält keine Beweisauflage, keine Aufforderung an die Parteien den Beweis von Thatsachen anzutreten, welche das Gericht für erheblich hält. Eine Regelung der Beweislast erfolgt hienach nicht im Beweisbeschluss sondern eine Entscheidung hierüber ergeht im Endurtheil wenn überhaupt das Bedürfniss hiezu vorliegt.

2) Wie die Angriffs- und Vertheidigungsmittel so können auch die Beweismittel, die übrigens nach § 119 schon in den vorbereitenden Schriftsätzen angegeben werden sollen, und die Beweiseinreden bis zum Schlusse der Verhandlung geltend gemacht werden, auf welche das Urtheil ergeht. (Bem. I. 1 zu § 251.) Unter Beweiseinreden werden alle Einwendungen gegen die Zulässig-

keit, rechtliche Wirksamkeit oder Glaubwürdigkeit eines Beweismittels verstanden ohne dass es darauf ankommt ob dieselben thatsächlicher Natur sind oder eine selbständige Grundlage haben. Wurde durch das nachträgliche Vorbringen der Beweismittel oder Beweiseinreden die Erledigung des Rechtsstreits verzögert so findet § 251 Abs. 2, nach welchem der säumigen Partei die Prozesskosten zur Last gelegt werden sollen, entsprechende Anwendung. (Bem. II zu § 251.) Auch kann § 48 G.-K.-G. zur Anwendung kommen. Die allgemeine Vorschrift des § 252 ist bezüglich der Beweismittel und Beweiseinreden nicht für anwendbar erklärt. Nach den §§ 339 und 398 kann jedoch die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses benannt werden, sowie die Beweisantretung durch Urkunden zurückgewiesen werden wenn die Voraussetzungen des § 252 vorliegen. Dass bereits ein Beweisbeschluss erlassen wurde oder ein Beweisverfahren stattgehabt hat, steht der Geltendmachung neuer Beweismittel nicht im Weg. Eine Vorschrift, welche das Gericht verpflichtet, die Parteien zur Bezeichnung der Beweismittel aufzufordern wenn dasselbe Thatsachen für erheblich hält, bezüglich deren ein Beweis von der beweispflichtigen Partei nicht angetreten wurde, ist in die C.-P.-O. absichtlich nicht aufgenommen worden. (M. 473.)

3) Dem Grundsatz, dass das Beweisanerbieten mit den Behauptungen zu verbinden ist, wird nicht schon dadurch genügt, dass die Beweismittel der Art nach bezeichnet werden. Vielmehr müssen die Zeugen, Schriftstücke u. s. w., durch welche der Beweis geführt werden soll, sofort angegeben werden. Das Gericht muss in der Lage sein, am Schlusse der Verhandlung den Beweisschluss nach Vorschrift des § 324 zu erlassen. (M. 471.)

4) Dass sich die Parteien zum Beweise oder zur Widerlegung einer bestimmten thatsächlichen Behauptung gleichzeitig verschiedener Arten von Beweismitteln bedienen können, unterliegt keinem Zweifel. Ebenso ist es unzweifelhaft, dass streitige Thatsachen unmittelbar oder mittelbar durch die Erweisung solcher Thatsachen bewiesen oder widerlegt werden dürfen, aus denen sich die Wahrheit bezw. Unwahrheit der zu beweisenden Thatsachen mittelst Schlussfolgerungen ergibt. Die Bestimmung der bayr. P.-O. (Art. 326) dass eine Partei wenn sie durch Schlüsse oder Vermuthungen Beweis führen will ihr Beweisanerbieten auch auf die Thatsachen, aus welchen der Schluss gezogen oder die Vermuthung abgeleitet werden soll, zu richten hat und dass ein solches Anerbieten nicht das gleichzeitige Angebot unmittelbarer Beweise ausschliesst, wurde in die C.-P.-O. nicht aufgenommen weil sie geeignet sei, Missverständnisse hervorzurufen. Mit der Beweisverbindung der C.-P.-O. ist der Begriff der künstlichen Beweisführung im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie unvereinbar. Sollen mit der Aufstellung der Thatsachen zugleich die Beweise angetreten werden so müssen die Thatsachen so bestimmt dargelegt werden wie die Benützung der Beweismittel es erfordert. Daraus folgt, dass sich die Parteien nicht darauf beschränken können, die unmittelbar erheblichen Thatsachen zu behaupten, dass sie vielmehr verpflichtet sind, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen sofort in der Verhandlung vor Erlass des Beweisbeschlusses vorzubringen. Dadurch wird der Richter in den Stand gesetzt, die von der Partei

gezogenen Schlussfolgerungen prüfen und die angebotenen Beweise sofort verwerfen zu können. (M. 471.)

5) Die Parteien haben sowohl wenn sie eigene Behauptungen darthun als wenn sie solche des Gegners widerlegen wollen den Beweis anzutreten. Es steht ihnen der Gegenbeweis nicht von Rechtswegen zu, wie es nach französischem Recht (Art. 256 c. de pr. c.) bezüglich des Zeugenbeweises der Fall ist. Vielmehr muss bezüglich aller Thatsachen, die bewiesen oder widerlegt werden sollen, der Beweis angetreten und zugelassen werden. Mit der Beweisverbindung der C.-P.-O. ist der Begriff des Gegenbeweises im gemeinrechtlichen Sinne wie in den Motiven (470) ausführlich dargelegt wurde unvereinbar. Nur in einem Verfahren mit einem Beweisinterlokut kann einer Beweisführung formell eine Gegenbeweisführung entgegentreten. Nach dem System der C.-P.-O. wird der Beweis nicht auferlegt, es kann sonach der Gegenbeweis nicht stillschweigend vorbehalten sein; für die Behauptung wie für die Gegenbehauptung muss der Beweis von den Parteien von vornherein angetreten werden. Um die Uebertragung bisheriger Anschauungen auf das von der C.-P.-O. gewollte, dem früheren preussischen Rechtszustande entsprechende, Prozessrecht zu verhüten, hat dieselbe den Ausdruck „Gegenbeweis" vermieden und sich statt dessen der Ausdrücke „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen" (§§ 121 Nr. 5, 255 Abs. 1, 324 Nr. 3) und „Beweis des Gegentheils" (§§ 153 Abs. 2, 411, 428, 429) bedient; nur im § 16 Nr. 1 des Einführungsgesetzes wurde von dem Ausdrucke „Gegenbeweis" Gebrauch gemacht weil es wünschenswerth erschien, bei Definition der praesumtio juris dem bisherigen Sprachgebrauche zu folgen.[1])

II. Beweisgründe und Beweismittel.

Die Frage ob eine bestimmte Thatsache als wahr anzusehen ist oder ob genügende Beweisgründe für den Richter vorliegen ist nach § 259 und § 16 Nr. 1 des Einf.-Gesetzes zu beurtheilen. Bezüglich der Beweismittel, deren sich die Parteien bedienen können um eine Ueberzeugung des Richters herbeizuführen, sind die Vorschriften der C.-P.-O. in den Titeln 6—10 enthalten. Nach diesen erscheinen als Beweismittel: Augenschein (§§ 336, 337), Zeugen (§§ 338 bis 366), Sachverständige (§§ 367—379), Urkunden (§§ 380—409) und Eid (§§ 410 bis 439). Es sind jedoch dadurch, dass nur diese Beweismittel ausdrücklich aufgezählt und geregelt worden sind andere Beweismittel nicht ausgeschlossen und kann namentlich in geeigneten Fällen das Beweismaterial auch durch Auskunftertheilung von Behörden u. s. w. beschafft werden. (M. 471.)

[1]) Bolgiano hat im Archiv für civilist. Praxis (Bd. 59 S. 205 ff.) ausgeführt, dass eine Theorie des Gegenbeweises auch im künftigen Reichsprozess ihre Berechtigung und Bedeutung habe und zwischen „Beweisnachtrag" und „Antireprobation" ein erheblicher Unterschied bestehe. Auch hält er an diesen Ausführungen in seinem Handbuch (S. 505 ff.) und in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 196 ff. fest. Bezüglich der formalen Behandlung des Beweises besteht jedoch nach der C.-P.-O. kein Unterschied zwischen Haupt- und Gegenbeweis und die Frage der Beweislast wird durch die Ausführungen in den Motiven, die Bolgiano bekämpft, nicht berührt.

Das aussergerichtliche Geständniss wurde in der C.-P.-O wegen seines innigen Zusammenhangs mit dem Civilrechte nicht geregelt. Aus der Nichterwähnung darf aber nicht geschlossen werden, dass demselben eine Bedeutung fernerhin nicht zukommt. Uebrigens ist das aussergerichtliche Geständniss, das wenn darüber Streit besteht selbst durch Beweismittel (Urkunden, Zeugen-Eid) erwiesen werden muss, gleich den Vermuthungen nicht als Beweismittel, sondern als Beweisgrund anzusehen.[1]) Enthält das bürgerliche Recht eine Vorschrift, nach welcher der Inhalt des aussergerichtlichen Geständnisses unter gewissen Umständen als wahr angesehen werden muss so ist dieselbe (nach § 16 Z. 1 E.-G.) bindend. Dagegen sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche vorschreiben, dass einem solchen Geständniss kein Gewicht beigelegt werden dürfe oder es doch keinen vollen Beweis bilden könne durch § 14 E.-G. aufgehoben und ist in dieser Beziehung lediglich die Vorschrift des § 259 massgebend. Ebenso werden durch § 14 alle anderweitigen Vorschriften der Landesgesetze, welche gewisse Arten von Beweismitteln ganz oder theilweise ausschliessen insbesondere die Bestimmungen des französischen Rechts (Art. 1341—1348 C. c.) über die Beschränkung des Zeugenbeweises beseitigt. (V. die Bem. zu diesem §.) Dagegen bleiben die Vorschriften in Kraft, nach denen eine bestimmte insbesondere die schriftliche Form für gewisse Rechtsgeschäfte nothwendig ist.

Das gerichtliche Geständniss ist nach § 261 weder als Beweismittel für eine Partei noch als ein die Ueberzeugung des Richters bestimmender Beweisgrund sondern als eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Verfügung über das streitige Recht anzusehen. (Bem. I. 1 zu § 261 ff.)

III. Die Beweislast.

Die C.-P.-O. hat eine allgemeine Vorschrift bezüglich der Beweislast nicht aufgestellt weil diese Lehre in das materielle Recht gehöre und die Grundsätze desselben durch die C.-P.-O. nicht berührt würden. (M. 472.)

Im Allgemeinen gelten in dieser Beziehung folgende Grundsätze:

1) Jede Partei, die einen bestimmten Anspruch erhebt, hat denselben zu begründen und demnach auch die Thatsachen zu beweisen, von deren Vorhandensein nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Existenz des geltend gemachten Anspruchs abhängt. Ob diese Thatsachen positiver oder negativer Art sind ist nicht entscheidend. Auch Negationen müssen bewiesen werden wenn der in Frage stehende Anspruch an bestimmte negative Voraussetzungen geknüpft ist. Der Satz: „Affirmanti, non neganti incumbit probatio" soll ebenso wie der Satz: „Necessitas probandi incumbit ei qui agit" nur sagen, dass derjenige, der eine bestimmte selbständige Behauptung aufstellt (und wenn er obsiegen will, aufstellen muss), beweispflichtig ist, nicht aber derjenige, der sich darauf beschränkt, eine solche Behauptung in Abrede zu stellen.

2) Dass ein bestimmtes Recht besteht oder nicht besteht, kann nie direkt sondern nur in der Weise bewiesen werden, dass man gewisse Thatsachen nach-

[1]) V. Seuffert S. 300; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 341; von Canstein in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 268 sowie die daselbst in Anm. 31 angeführte Literatur.

weist, aus welchen die Existenz oder Nichtexistenz des in Frage stehenden Rechtes folgt. Wer ein bestimmtes Recht in Anspruch nimmt, muss die Entstehung desselben bezw. die Thatsachen, aus denen diese Entstehung gefolgert wird (die „rechtserzeugenden“ oder „rechtsbegründenden“ Thatsachen), nachweisen. Damit hat er aber auch genug gethan. Er braucht nicht zu beweisen, dass das Recht auch noch zur Zeit des Prozesses besteht bezw. dass es nicht erloschen ist. Vielmehr hat der Gegner wenn er behauptet, das Recht bestehe nicht mehr da die Fortdauer des einmal begründeten Rechts präsumirt wird dessen Aufhebung bezw. die „rechtsaufhebenden“ oder „rechtsvernichtenden“ Thatsachen zu beweisen.

3) Damit angenommen werden kann, dass ein bestimmtes Recht entstanden sei müssen regelmässig gewisse Thatsachen vorhanden sein, an welche die Entstehung durch das geltende Recht unmittelbar geknüpft ist und welche weil sie geradezu dazu bestimmt sind, dieses Recht zur Entstehung zu bringen „rechtserzeugende“ oder „rechtsbegründende“ Thatsachen genannt werden. Auch wenn diese unmittelbaren Voraussetzungen der Rechtsentstehung vorhanden sind kann aber diese ausbleiben oder doch die Wirksamkeit des Rechts in Frage gestellt werden wenn gewisse andere Thatsachen vorliegen, welche die Eigenschaft haben, die Entstehung des Rechts zu hindern, bezw. den rechtserzeugenden Thatsachen die ihnen in der Regel zukommende Wirkung zu entziehen. Diese Thatsachen werden zum Unterschied von den rechtserzeugenden Thatsachen „rechtshindernde“ genannt und wirken regelmässig in negativer Richtung indem sie die abgesehen von ihrem Eingreifen begründete Rechtsentstehung ausschliessen. Während zur Begründung eines Anspruchs die rechtserzeugenden Thatsachen unbedingt nachgewiesen werden müssen sofern nicht für ihr Vorhandensein eine Rechtsvermuthung spricht kann von Demjenigen, der einen Anspruch erhebt, nicht verlangt werden, dass er ausserdem nachweist, es sei keine der vielen im Bereich der Möglichkeit liegenden rechtshindernden Thatsachen oder „Hindernisse der Rechtsentstehung“ vorhanden. Vielmehr hat der Gegner, der die Existenz des geltend gemachten Anspruchs bestreitet, das Vorhandensein von rechtshindernden Thatsachen ebenso wie das von rechtsvernichtenden zu beweisen. Welche Thatsachen zu den rechtshindernden gehören, ist nach dem geltenden bürgerlichen Recht zu entscheiden.

§ 257.

Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluss wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.

§ 258.

Ueber das Ergebniss der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozessgericht erfolgt, so haben die Parteien das Ergebniss derselben auf Grund der Beweisverhandlung vorzutragen.

(E. §§ 247 u. 248. M. 473 ff. K. 90, 91.)

I. Beweisaufnahme und Beweisbeschluss.

1) Wie nach französischem Prozessrecht so erscheint auch nach der C.-P.-O. das Beweisaufnahmeverfahren als ein Zwischenfall, welcher den regelmässigen Verlauf des Prozesses hindert. Ist die Beweisaufnahme beendet, so kehrt die Sache zur Sitzung zurück, um auf Grund einer neuen, durch das Ergebniss der Beweisaufnahme vervollständigten, Verhandlung zum Abschlusse zu gelangen. Ein Beweisaufnahmeverfahren kann im Laufe desselben Prozesses so oft vorkommen als sich ein Bedürfniss für die Anordnung desselben ergibt. (M. 473.) In der Regel erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht und kann nur in den in der C.-P.-O. bestimmten Fällen (§§ 337, 340, 370, 399, 441) einem Mitgliede desselben oder einem anderen Gerichte übertragen werden (§ 320).

2) Sofern die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren erfordert ist dieselbe durch einen besonderen Beweisbeschluss anzuordnen. (§§ 323, 324.) Da dieser Beweisbeschluss kein Urtheil sondern eine einfache prozessleitende Verfügung ist bindet er das Gericht nicht und kann von diesem jederzeit zurückgezogen werden. Die Parteien können jedoch vor Erledigung des Beschlusses dessen Zurücknahme auf Grund der früheren Verhandlungen nicht beantragen. (§ 325.) Eine Anfechtung des Beweisbeschlusses kann nicht in selbständiger Weise erfolgen; derselbe unterliegt aber der Beurtheilung des höheren Gerichts wenn das Endurtheil durch Berufung oder Revision angegriffen wurde (§§ 473 und 510).

II. Verhandlung über das Ergebniss der Beweisaufnahme.

1) Hat die Beweisaufnahme gemäss § 320 vor dem Prozessgerichte stattgefunden so hat sich nach § 335 Abs. 1 die mündliche Verhandlung unmittelbar an dieselbe anzuschliessen. Es ist desshalb in diesem Falle das Ergebniss der Beweisaufnahme dem Gericht nicht vorzutragen sondern nur über dasselbe zu verhandeln. Um das Ergebniss ziehen zu können kann es jedoch nöthig werden, die Aussagen einzelner Zeugen, die entscheidenden Sätze einzelner Urkunden u. s. w. besonders hervorzuheben. Die Vorschrift des § 258 Abs. 1 kommt auch dann zur Anwendung wenn es nicht möglich war, die mündliche Verhandlung unmittelbar nach der Beweisaufnahme stattfinden zu lassen oder zu beendigen, das Gericht aber in derselben Weise besetzt ist. Wenn dieser Fall nicht vorliegt oder die Aussagen der Zeugen dem Gedächtniss der Richter entschwunden sind, darf nicht Abs. 2 des § zur Anwendung gebracht werden sondern muss eine Wiederholung der Beweisaufnahme stattfinden. Die Vorschrift in Abs. 2 bezieht sich nur auf diejenigen Fälle, in welchen die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozessgerichte sondern vor einem beauftragten oder ersuchten

Richter stattgefunden hat. Auch ist eine entsprechende Anwendung derselben auf die unter Abs. 1 gehörigen Fälle nicht gerechtfertigt. Nach dem Gesetz soll regelmässig auf Grund der vor dem Prozessgericht erfolgten Beweisaufnahme d. h. der unmittelbaren Wahrnehmung der erkennenden Richter entschieden werden. Nur ausnahmsweise darf die Beweisaufnahme einem Mitgliede des Gerichts oder einem andern Gerichte übertragen werden. Desshalb ist es nicht zulässig, die auf die Ausnahmsfälle berechnete Vorschrift des Abs. 2 auf diejenigen Fälle, in denen Grund zu einer Ausnahmeverfügung nicht vorlag anzuwenden, und so der Vorschrift des § 320 Abs. 2 ihre Wirkung zu entziehen.[1]) Die in § 258 enthaltene Vorschrift, nach welcher das ganze Streitverhältniss dem Gerichte nochmals dargelegt werden muss, ist ein Ausfluss des Grundsatzes der Einheit der mündlichen Verhandlung (Bem. I 1 zu §§ 119, 251 ff). Auch können bis zum Schlusse der Verhandlung nach § 251 neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel und nach § 256 neue Beweismittel und Beweiseinreden geltend gemacht werden. Wenn das Gericht in derselben Weise wie bei der früheren Verhandlung zusammengesetzt ist und sich an die vorgetragenen Thatsachen u. s. w. noch erinnert so kann auf die letzte Verhandlung Bezug genommen werden und ist eine Wiederholung der früheren Vorträge nicht erforderlich.

Die Beweisaufnahme ist nach § 332 auch dann vorzunehmen wenn beide Parteien in dem Termin ausbleiben sofern nicht von denselben vereinbart wurde, dass der Prozess ruhen solle. (Bem. 2 und 3 zu § 228.) Dagegen kann eine mündliche Verhandlung nur dann stattfinden wenn vor Beendigung der Beweisaufnahme eine der Parteien erscheint und sich zur Verhandlung bereit erklärt. Geschieht dies so ist ebenso wie in dem Falle, dass nur eine der Parteien der Beweisaufnahme beiwohnte und die andere sich nicht zur mündlichen Verhandlung stellt auf Antrag ein Versäumnissurtheil zu erlassen. (§§ 295 ff.) V. hiezu noch Wach und Wersebe bei Busch (Bd. I S. 432 ff.).

2) Hat die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozessgericht sondern vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (Bem. zu § 151) stattgefunden so ist auch das Ergebniss derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen. Dies muss nicht durch Verlesung der aufgenommenen Protokolle geschehen; doch ist diese nicht ausgeschlossen und wird vielfach erfolgen müssen namentlich wenn die Parteien über das Ergebniss des Zeugenverhörs oder die Erheblichkeit der Aussagen verschiedener Meinung sind.

Dass das Ergebniss der Beweisaufnahme von den Parteien vorzutragen ist, wurde in den Motiven (473) durch Verweisung auf den Grundsatz der Mündlichkeit und die von den Anwälten gegenseitig geübte Kontrole gerechtfertigt und hervorgehoben, es sei Sache des Vorsitzenden, nöthigenfalls gemäss § 127 Abs. 3 die Berichtigung und Vervollständigung des Vortrages eventuell nach Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) zu veranlassen. Dass das Gericht

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 238; Seuffert S. 305; Hellmann II S. 86; von Kräwel in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. II S. 402 ff. insbes. S. 404. A. M. sind: von Wersebe in dieser Zeitschrift Bd. I S. 432 ff.; Meyer, Anleitung zur Prozesspraxis § 15; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 335; Gaupp II S. 94.

die Ergebnisse der Beweisaufnahme auch insoweit berücksichtigt, als sie gar nicht vorgetragen wurden, ist ausgeschlossen.[1]) 1) Ein Antrag, nach welchem im Falle des § 258 Abs. 2 das Ergebniss der Beweisaufnahme von einem Gerichtsmitglied vorgetragen werden sollte, wurde von der J.-K. (S. 90, 91) abgelehnt.

§ 259.

Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

(E. § 249. M. 474, 475. K. 91, 92.)

I. Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

1) Der in Abs. 1 des § aufgestellte Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist nicht auf das Ergebniss der Beweisführung beschränkt sondern auf den gesammten Inhalt der Verhandlungen ausgedehnt worden. Es wurde insbesondere bei dem sog. künstlichen Beweise für unmöglich gehalten, diejenigen Momente, welche sich aus den Erklärungen der Parteien ergeben von den durch eine Beweisaufnahme erbrachten Momenten zu sondern und in ihrer Bedeutung hinter diese zurück treten zu lassen. Vielmehr wollte man dem Richter die Befugniss geben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesammten Sachverhandlung mittelst Schlussfolgerung aus anderen, unbestrittenen Thatsachen und dem gesammten Sachverhalt — ohne Beweiserhebung — als wahr anzunehmen. (M. 174.) Das Gericht kann hienach eine bestrittene Behauptung auf Grund der Verhandlung als erwiesen oder als unwahr annehmen und mit Rücksicht darauf die bezüglich der Unwahrheit bezw. Wahrheit der Behauptung angebotenen Beweise ablehnen.[2]) Jedoch müssen die Gründe für die Annahme angegeben werden. (Bem. II.) Die blosse Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles der beantragten Beweisaufnahme genügt nicht zu deren Ablehnung.[3]) Dass dem Richter das Recht der freien Beweiswürdigung auch gegenüber den

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 238; Seuffert S. 554; Puchelt II S. 58; Endemann II S. 69, 70; Kleiner II S. 103; Gaupp II S. 94.
A. M. ist Wach, Vorträge S. 6 ff.

[2]) V. Wernz in Hausers Zeitschrift Bd. III S. 362; Endemann II S. 71; Gaupp II S. 95; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 336, R.-G. 21 März und 6. April 1881 Entscheid. IV S. 375 ff.; und S. 81. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 239; Wach, Vorträge S. 161.

[3]) V. R.-G. 21. März 1881 Entscheid. IV S. 375.

Gutachten von Sachverständigen zusteht, wurde in der J.-K. (91, 92) ausdrücklich anerkannt.

2) Damit § 259 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass es sich um die thatsächliche Behauptung einer Partei handelt, welche vom Gegner bestritten wird. Ist die Thatsache zugestanden, so ist § 261 massgebend. Etwaige Zweifel über die Frage ob eine Thatsache behauptet oder bestritten wurde, sind durch Ausübung des Fragerechts (§ 130) zu lösen. Die Vorschrift des § gehört dem öffentlichen Recht an. Es können hienach die Befugnisse des Gerichts nicht durch Vereinbarungen der Parteien bezw. Bestimmungen in Verträgen oder Statuten, nach denen ein Beweis nur durch bestimmte Beweismittel geführt werden kann, ausgeschlossen werden. (V. Bem. 3 zu § 260.)[1])

3) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nach Abs. 2 des § nur in den durch die C.-P.-O. selbst bezeichneten Fällen gebunden und sind alle prozessrechtlichen Vorschriften bezüglich der Frage wann ein Beweis als geführt oder nicht geführt anzusehen ist sofern dieselben in einem Landesgesetz enthalten sind aufgehoben. Die auf die Beweiswürdigung bezüglichen Bestimmungen der Reichsgesetze sind durch § 13 Abs. 1 des E.-G., das mit der C.-P.-O. ein Ganzes bildet, aufrechterhalten, soweit sie nicht in diesem § als aufgehoben bezeichnet werden.[2]) Die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter und die Bestimmungen, durch welche gewisse Beweismittel ausgeschlossen oder beschränkt oder für die Annahme gewisser Thatsachen bestimmte Regeln aufgestellt wurden, sind durch § 14 E.-G. ausdrücklich ausser Kraft gesetzt. Bezüglich der Beweisregeln wurde in den Motiven (475) noch bemerkt: „dass mit der Verwerfung einer gesetzlichen Beweisregel die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert wird, indem die gesetzlichen Beweisregeln den Charakter goldener Erfahrungssätze annehmen.“

4) Die in der C.-P.-O. aufgestellten, den Richter bindenden, Beweisregeln beziehen sich zunächst auf den Beweis durch Urkunden, welche regelmässig in der Absicht errichtet werden, Rechtsverhältnisse sicherzustellen und bezüglich deren dieser Zweck nur dann erreicht werden kann wenn bei der Errichtung der Urkunde bekannt ist, welche Eigenschaften dieselbe haben muss und zugleich die Sicherheit besteht, dass der Richter die bestimmten Erfordernissen entsprechende Urkunde auch wirklich als beweiskräftig betrachten werde. (M. 475.) Mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs wurden desshalb die in den §§ 380 bis 383 enthaltenen Bestimmungen aufgenommen. Sodann wurde das richterliche Ermessen beschränkt soweit es sich um die Beweiskraft des Eides sowie um die Folgen der Erlassung oder Verweigerung des Eides handelt (§§ 420 bis 423, 428, 429, 437, 439). Weitere Beweisregeln geben die §§ 150, 153 Abs. 2, 181 Abs. 2, 185 Abs. 2, 285, 402, 403 Abs. 2 und der § 16 Nr. 2,

1) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 240; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 237; Gaupp II S. 96 Bem. I.

2) V. auch Struckmann-Koch a. a O.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 338; von Sarwey I S. 397; Gaupp II S. 96. A. M. ist Endemann II S. 72.

des Einführungsgesetzes. Ausserdem sind die Bestimmungen hierher zu rechnen welche als Folge der Versäumung einer Prozesshandlung das Gericht verpflichten, Thatsachen als wahr anzunehmen (v. §§ 129 Abs. 2, 161 ff., 217 Abs. 4, 220 Abs. 2, 221 Abs. 2, 296 Abs. 1, 316 Abs. 2, 392, 393 Abs. 3, 406 Abs. 3, 417 Abs. 2, 430, 504 Abs. 2). (M. 475.)

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschliessung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegentheils als gewiss anzusehen ist, werden durch § 259 nicht berührt, sind vielmehr durch § 16 Z. 2 E.-G. aufrechterhalten.

II. Angabe der Gründe, welche für die richterliche Ueberzeugung massgebend gewesen sind.

Damit die dem Gericht eingeräumte Befugniss nicht missbraucht werde, schreibt das Gesetz vor, dass die Gründe, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend waren, in dem Urtheile anzugeben sind. Die Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift bildet nach § 513 Z. 7 bezw. 511 einen Revisionsgrund während die thatsächliche Würdigung nur durch Berufung angefochten werden kann. Ein Antrag, nach welchem nur die Gründe angegeben werden sollten, welche für die rechtliche Beurtheilung des Falles leitend gewesen sind, wurde von der J.-K. (91) abgelehnt.

§ 260.

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, dass der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.

(E. § 250. M. 475. K. 92.)

1) Die Erfahrung, dass in den meisten deutschen Rechtsgebieten die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die Umständlichkeit der Beweisführung ausserordentlich erschwert war, veranlasste den Gesetzgeber, dem Gerichte bezüglich der Feststellung des Schadens eine freiere Stellung ein-

zuräumen. Diese wurde nicht bloss auf die Frage beschränkt, wie hoch sich der Schaden bezw. das zu ersetzende Interesse belaufe sondern auch darauf erstreckt ob überhaupt ein Schaden entstanden sei. Aus dieser freien Stellung des Gerichts ergibt sich von selbst die schon in den übrigen Vorschriften der C.-P.-O. insbesondere dem § 259 begründete Befugniss des Gerichts, beantragte Beweisaufnahmen nach freiem Ermessen anzuordnen oder zurückzuweisen und ebenso darüber zu entscheiden ob die Begutachtung durch Sachverständige von Amtswegen anzuordnen sei (§ 135). Ausserdem ergab sich daraus die Nothwendigkeit, die bisher geltenden Vorschriften über den Schätzungseid zu beseitigen und durch andere Bestimmungen (Bem. 2) zu ersetzen.

Im Allgemeinen hat das Gericht ungeachtet der Befreiung von allen Beweisregeln, die nicht in die C.-P.-O. aufgenommen wurden und der Befugniss, seine Ueberzeugung aus dem gesammten Inhalt der Verhandlungen zu schöpfen, immerhin einen strengen Beweis zu verlangen und wenn ein solcher nicht erbracht ist den Anspruch derjenigen Partei abzuweisen, welche als beweispflichtig erscheint, deren Behauptungen aber beweislos dastehen. In Entschädigungsprozessen sollte aber offenbar dem Gericht eine freiere Stellung eingeräumt und dasselbe in die Lage gesetzt werden, auf Grund seiner eigenen Kenntnisse ex aequo et bono zu entscheiden und den Schaden selbst abzuschätzen. Es soll, wie bei Berathung des nordd. Entwurfs gesagt wurde (v. Prot. Bd. II. S. 683) „in den Stand gesetzt werden, unter Benützung seiner Lebenserfahrung die Sachlage im Ganzen und Grossen zu würdigen." Dies geht aus den Motiven hervor, in welchen (475) bemerkt wurde: „es solle sowohl die Entscheidung der „quaestio quanti" als auch die der „quaestio an" dem freien Ermessen des Gerichts überwiesen werden, wie aus den Gesetzgebungen, an welche sich die C.-P.-O. anschliesst und den Verhandlungen des Juristentags, auf welche in den Motiven Bezug genommen wurde hervorgeht.[1]) Es hat diese Auffassung auch in dem Gesetze selbst einen deutlichen Ausdruck gefunden indem bestimmt wurde, das Gericht habe „unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden" und die in § 259 dem Gericht auferlegte Verpflichtung, die Gründe anzugeben, welche für seine Ueberzeugung leitend gewesen sind, im § 260 nicht wiederholt worden ist.

Ob eine bestimmte vom Kläger geltend gemachte Thatsache überhaupt eine Verpflichtung zum Schadenersatz begründet bezw. ob ein Verschulden erforderlich ist, muss nach bürgerlichem Recht beurtheilt werden. Bezüglich der Frage ob die betr. Thatsache erwiesen ist sowie der weiteren Frage ob eine bestimmte Handlung von demjenigen vorgenommen wurde, dem dieselbe zur Last gelegt wird, findet die Vorschrift des § 260 keine Anwendung. Die Thatsachen, auf welche diese Verpflichtung begründet wird, sind wie die sonstigen bestrittenen Thatsachen zu beweisen. (M. 475.) Dagegen fällt die Frage ob

[1]) Der Beschluss des sechsten deutschen Juristentags ging dahin: „Sowohl bei Ermittelung des Schadens als bei Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes hat der erkennende Richter bei Prüfung der von den Parteien gegebenen Unterlagen seinem freien Ermessen zu folgen. Verhandl. Bd. II S. 250—68 und S. 367.

zwischen der Thatsache, für welche der Beklagte verantwortlich gemacht wird und dem behaupteten Schaden ein Kausalzusammenhang besteht unter die Vorschrift des § 260 und ist nach freiem Ermessen zu beurtheilen. (M. a. a. O.) Die Frage ob ein Schaden entstanden ist umfasst auch diejenige, durch welche Ursachen derselbe veranlasst wurde, denn nicht darum handelt es sich im Rechtsstreit ob im Allgemeinen eine Beschädigung verursacht wurde sondern darum ob in Folge bestimmter Thatsachen ein Schaden entstanden ist (n. Prot. II S. 686).

2) Während die bisher geltenden Vorschriften über den Schätzungseid, zu denen auch jene über das sogen. juramentum zenonianum gehören, sammt und sonders aufgehoben wurden und zwar gleichviel ob sie in Prozessgesetzen oder im bürgerlichen Recht enthalten sind kann das Gericht wenn es nicht im Stande ist, sich auf Grund der Verhandlungen eine Ueberzeugung über den Betrag des Schadens zu bilden nach § 260 gleichwohl anordnen, dass der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. Es muss aber in diesem Falle zugleich den Betrag bestimmen, den die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. Diese letztere Vorschrift ist dem Art. 1369 Code civil entnommen. Dieser Artikel ist durch § 260 C.-P.-O. beseitigt. Dagegen bleibt Art. 1374 C. c. Abs. 2 neben § 260 in Geltung. Es handelt sich bei demselben nicht um die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes sondern um den Satz, dass ein Schaden auch wenn dessen Betrag feststeht doch unter Umständen nicht in vollem Masse ersetzt zu werden braucht.[1]) Es hat hienach derjenige, der Schadenersatz verlangt, niemals ein Recht darauf, zum Schätzungseide zugelassen zu werden, ist aber verpflichtet, denselben auf Verlangen zu leisten. Der in dieser Weise auferlegte Eid ist eine Unterart des richterlichen Eides (§ 437) und desshalb nach den in den §§ 438, 439 aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen; derselbe ist dahin zu leisten, dass der Schaden oder das Interesse nach der Ueberzeugung des Schwörenden sich bis zu dem von ihm angegebenen Betrage belaufe. (M. 475; n, Pr. II. S. 1049, 1050.) Nach § 439 ist der Schätzungseid durch bedingtes Urtheil (nicht durch Beweisbeschluss) unter Festsetzung der Folgen für den Schwörungs- wie für den Weigerungsfall aufzuerlegen. Durch die Leistung des Eides wird voller Beweis der Thatsache begründet, dass der Schaden die beschworene Höhe, welche den vom Gericht festgesetzten Maximalbetrag nicht übersteigen darf, erreicht hat (§ 428 Abs. 1). Für den Fall der Eidesverweigerung ist der Anspruch abzuweisen. Das bedingte Urtheil bindet auch den Richter. Für den Fall der Herabsetzung des Betrags bei der Eidesleistung kommt § 431 zur Anwendung.

3) Dass die Vorschriften über die freie Beweiswürdigung sowie über die Feststellung des Schadens für das Gericht auch dann massgebend sind wenn die Parteien etwas Anderes vereinbart haben, folgt aus deren öffentlich-rechtlichem Charakter. Auch wurde bei Berathung des nordd. Entw. (n. Pr. II. S. 1050) wie in den Motiven zur C.-P.-O. (476) hervorgehoben, dass es sich hier um Vor-

[1]) V. Sammlung der in E.-L. geltenden Gesetze Anm. 473 zum b. G.-B. Bd. I S. 301.

schriften des öffentlichen Rechts handle, „deren Anwendung durch Verträge in einer den Richter bindenden Weise nicht ausgeschlossen werden kann.“ Die Parteien können wenn sie sich der Entscheidung von Schiedsrichtern unterwerfen wollen diesen auch die Bestimmung des Verfahrens überlassen. (§ 860.) Auch können sie vertragsmässig festsetzen, dass als Schadensersatz eine genau bestimmte oder in bestimmter Weise zu berechnende Summe oder nicht mehr als ein bestimmter Geldbetrag zu vergüten sei. Sie können endlich die Verpflichtung zum Schadenersatz ausschliessen sofern nicht sofort eine Konstatirung desselben, z. B. eine Besichtigung durch Sachverständige vorgenommen werde. Soll die Entschädigung gerichtlich festgestellt und der wirkliche Schaden ermittelt werden so können die Parteien aber nicht in wirksamer Weise bestimmen, dass gewisse Beweismittel ausgeschlossen sein sollen oder von anderen z. B. einem Gutachten von Sachverständigen vom Gericht Gebrauch gemacht werden müsse. In der J.-K. bemerkte Wolffson: „Statutarische Bestimmungen, wonach ein, in vorausbestimmter Weise zu konstatirender, Schaden bezahlt werden solle, seien in der Seeversicherung häufig. In diesen Fällen handle es sich nicht darum, den Richter zu binden sondern sei nur kontraktlich die Vergütung der in vorgeschriebener Weise konstatirten Schäden verabredet. Er glaube nicht, dass es die Absicht der Motive sei, dem entgegenzutreten, bitte aber um Aufklärung.“ Darauf erwiderte Direktor von Amsberg: „Als Regel gelte, dass der Richter nur soweit an Beweisregeln gebunden sei als die Gesetze dies vorschrieben. Durch Statut oder Vertrag dürfe ihm nicht angesonnen werden, im einzelnen Falle bestimmte Beweisregeln anzunehmen. In den Motiven sei nur das Prinzip aufgestellt; wie sich dasselbe bei der Anwendung auf einen konkreten Fall gestalten werde, sei quaestio facti.“

§ 261.

Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

§ 262.

Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniss anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

§ 263.

Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluss, wenn die widerrufende Partei beweist, dass das Geständniss der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlasst sei. In diesem Falle verliert das Geständniss seine Wirksamkeit.

(E. § 251—253. M. 476. K. 92.)

I. Wesen und Voraussetzungen des gerichtlichen Geständnisses. (§ 261.)

1. Rechtliche Natur desselben.

Das gerichtliche Geständniss unterscheidet sich von dem Verzicht auf die Klage (§ 277) sowie von dem Anerkenntniss (§ 278) dadurch, dass es sich nicht auf den von einer Partei oder gegen eine Partei geltend gemachten Anspruch sondern auf die zu dessen Begründung angeführten Thatsachen bezieht. Während der auf den geltend gemachten Anspruch verzichtende Kläger mit der Klage abgewiesen und der dessen Anspruch anerkennende Beklagte verurtheilt werden muss, kann eine Partei bezüglich der vom Gegner behaupteten Thatsachen ein gerichtliches Geständniss ablegen ohne auf den geltend gemachten Anspruch zu verzichten oder den Anspruch des Gegners anzuerkennen. Es hat in diesem Falle der Richter immer noch zu prüfen, welche rechtliche Folgen sich aus den zugestandenen Thatsachen ergeben. Zu den Thatsachen, die zugestanden werden können, sind auch Rechtsverhältnisse zu rechnen, so dass der Kläger, der sich zur Begründung seines Anspruchs auf ein zugestandenes Eigenthumsrecht oder sonstiges Recht beruft, dies nicht nachzuweisen braucht. Im gemeinen Recht ging die herrschende Meinung dahin, dass auch Rechtsverhältnisse Gegenstand des gerichtlichen Geständnisses sein könnten. An dieser Auffassung sollte aber, wie auch aus den Motiven hervorgeht, nichts geändert werden.[1]) Immerhin hat das gerichtliche Geständniss mit Anerkenntniss und Verzicht das gemein, dass es gleich diesen Handlungen eine Verfügung der Partei enthält, welche für den Richter innerhalb des in Betracht kommenden Gebietes bindend ist. Bei Aufstellung der C.-P.-O., welche sich den

[1]) V. von Canstein in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 340 und die dort angeführten Schriftsteller, sowie die Abhandl. des Verfassers in Bd. III dieser Zeitschrift S. 425 ff. insbes. S. 429; ferner: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 341. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 243; Hellmann II S. 94.

Grundsätzen des gemeinen Rechts angeschlossen hat, war der Gedanke leitend: dass das gerichtliche Geständniss kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist. (M. 476.)

2. Verfügungsbefugniss.

Da das gerichtliche Geständniss einen Verfügungsakt bezüglich der Beweisfrage enthält muss, die ein solches ablegende Partei vor Allem die hiezu nöthige Verfügungsbefugniss haben. Diese fällt aber nach den Vorschriften der §§ 50 ff. mit der Prozessfähigkeit zusammen. Eine Person, welche prozessfähig ist, hat auch dann die Fähigkeit, ein wirksames gerichtliches Geständniss abzulegen wenn sie im Uebrigen nach dem bürgerlichen Recht (z. B. durch die väterliche oder eheherrliche Gewalt § 51 Abs. 2) in ihren Befugnissen beschränkt ist. Wird der Prozess für eine prozessunfähige Partei durch deren gesetzlichen Vertreter geführt so ist dieser, dem alle prozessualische Befugnisse der Partei zustehen (Bem. II. zu § 50) berechtigt, ein gerichtliches Geständniss abzugeben. Es ist ein solches (nach § 52) auch dann giltig wenn nach dem bürgerlichen Recht hiezu eine besondere Ermächtigung erforderlich sein sollte. Die prozessunfähige Partei kann ein wirksames gerichtliches Geständniss nicht abgeben. Da Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben sowie Verschwendern unter gewissen Voraussetzungen der Eid zugeschoben werden darf (§ 435 Abs. 2) kann jedoch deren Gegner wenn der gesetzliche Vertreter eine bestimmte Thatsache in Abrede stellt unter Umständen ein Zugeständniss erzwingen, das dieselbe Wirkung wie ein ausdrückliches gerichtliches Geständniss hat. (§ 429 Abs. 2.) Hat die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter einen Prozessbevollmächtigten bestellt so ist derselbe nach § 77 befugt ein gerichtliches Geständniss abzugeben und es kann diese Befugniss durch die Partei nicht mit rechtlicher Wirkung gegenüber dem Gegner ausgeschlossen werden (§ 79). Der miterschienenen Partei steht jedoch nach § 81 das Recht zu, ein von dem Bevollmächtigten abgegebenes Geständniss sofort zu widerrufen oder zu berichtigen. Durch die dem Prozessbevollmächtigten übertragene Befugniss wird übrigens die Wirksamkeit des von der Partei selbst vor Gericht abgegebenen Geständnisses nicht beeinträchtigt. Vielmehr hat ein solches auch dann die im Gesetz vorgeschriebene Wirkung wenn dasselbe mit den Erklärungen des Bevollmächtigten in Widerspruch steht. Das von einem Streitgenossen abgegebene Geständniss hat in der Regel keinen Einfluss auf die Lage der übrigen Streitgenossen, behält aber seine volle Wirkung auch dann wenn diese die zugestandene Thatsache bestreiten. Kann das streitige Rechtsverhältniss nur einheitlich festgestellt werden so hat ein gerichtliches Geständniss nur dann die gesetzlichen Wirkungen eines solchen wenn es von sämmtlichen Streitgenossen ausgeht. (Bem. IV. zu § 58 und Bem. III. zu § 59.) Das Geständniss eines Nebenintervenienten ist nur dann bindend wenn die Hauptpartei demselben nicht widerspricht. (Bem. 2 zu § 64).

Damit ein gerichtliches Geständniss volle Wirksamkeit hat wird abgesehen von der allgemeinen Verfügungsfähigkeit der dasselbe ablegenden Person noch

vorausgesetzt, dass dieselbe über den in Frage stehenden Streitgegenstand bezw. über den Beweis einer bestimmten Thatsache verfügen kann. Desshalb findet die Vorschrift des § 261 keine Anwendung in Ehesachen und Entmündigungssachen (§§ 577 und 611). Ebenso kann das Geständniss einer Partei in allen den Fällen das Gericht nicht binden, in welchen dieses das Vorhandensein einer bestimmten Thatsache bezw. die Beobachtung einer gesetzlichen Vorschrift im Interesse der öffentlichen Ordnung von Amtswegen festzustellen hat. (§§ 54, 306, 497, 508, 529, 537.)

3. Zugeständnisse in der mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines Richters.

Ein gerichtliches Geständniss liegt nur dann vor wenn dasselbe in dem in Frage stehenden Prozess entweder in der mündlichen Verhandlung oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter abgegeben worden ist. Ein Geständniss, das in einem anderen Prozess oder lediglich in einem vorbereitenden Schriftsatz abgelegt wurde kann also wenn es nicht in der mündlichen Verhandlung oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter wiederholt worden ist nur als aussergerichtliches Geständniss gelten. (M. 476.) Die in der mündlichen Verhandlung erfolgten Geständnisse sind (nach § 270 Abs. 2) auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Sitzungsprotokolle beigefügt werden festzustellen. Doch verlieren sie falls dies versäumt wird nicht ihre Wirksamkeit sondern können dennoch berücksichtigt werden wenn über die Thatsache bei dem Gericht kein Zweifel besteht. Sie sind in jedem Falle im Thatbestand zu erwähnen. Ein vor einem beauftragten oder ersuchten Richter abgegebenes Geständniss kann nach dem Wortlaut des Gesetzes wie nach der Natur der Sache nur dann als wirksam angesehen werden wenn es im Protokoll des Richters festgestellt wurde.[1]) Die Annahme durch den Gegner ist zur Wirksamkeit des Geständnisses nicht erforderlich weil es sich um eine einseitige Verfügung der Partei handelt. (M. 476.) Aus diesem Grunde ist ein in Abwesenheit des Gegners abgegebenes Geständniss, das immerhin die Natur einer Verfügung haben kann, gleichfalls bindend. (M. a. a. O.)[2]) Dass es sich bei dem Geständniss um eine Thatsache handelt, die der Gegner bereits ausdrücklich behauptet hat, ist nicht nothwendig. Vielmehr hat dasselbe auch wenn dies nicht geschehen war seine Wirkung und kann sich insbesondere der Gegner nachträglich darauf berufen[3])

II. Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses. Widerruf desselben. (§§ 261 und 263.)

1) Da das gerichtliche Geständniss nicht als ein blosses Beweismittel oder als Beweisgrund erscheint, durch welchen die richterliche Ueberzeugung bestimmt

[1]) V. Seuffert S. 313; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 243.

[2]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 243; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 342; von Sarwey I S. 402; Gaupp II S. 103. A. M. ist von Canstein a. a. O. S. 341.

[3]) So auch Seuffert S. 313; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 340; Gaupp II S. 103; V. dagegen von Sarwey I S. 401, 402.

wird sondern als ein Verzicht auf den Beweis anzusehen ist (Bem. I. 1) so kommt es nicht wie das aussergerichtliche Geständniss bloss insofern in Betracht, als es auf Wahrheit beruht oder wenigstens dem Gerichte als glaubhaft erscheint (Bem. II. zu § 255). Vielmehr befreit es den Gegner der Partei, welche eine Thatsache vor Gericht zugesteht, von der Verpflichtung, diese zu beweisen. Auch wenn der Richter überzeugt ist, dass das Geständniss unwahr sei oder auf einem Irrthum beruhe muss er die zugestandenen eines Beweises nicht bedürfenden Thatsachen gerade so berücksichtigen als ob sie erwiesen wären. In Beziehung auf die rechtlichen Folgerungen, die sich aus den zugestandenen Thatsachen ergeben, ist das Gericht dagegen nicht an die Auffassung der Parteien gebunden sondern hat sofern nicht ein Anerkenntniss oder ein Verzicht (§§ 277, 278) vorliegt lediglich nach seiner rechtlichen Ueberzeugung zu entscheiden. Die Verfügung, welche in dem vor Gericht abgelegten Geständniss gefunden wird, ist übrigens eine einseitige, die sofort wirksam wird ohne dass es einer Annahme durch den Gegner bedarf. Das Geständniss kann nicht etwa zurückgezogen werden so lange sich der Gegner nicht auf dasselbe berufen hat. Dasselbe bleibt nach § 494 auch in der Berufungsinstanz in Kraft.

2) Aus der Natur des gerichtlichen Geständnisses folgt, dass dasselbe seine Kraft nicht schon dadurch verliert, dass nachgewiesen wird, es entspreche der Wahrheit nicht und dass dasselbe noch weniger in beliebiger Weise widerrufen werden kann. Auch das aussergerichtliche Geständniss verliert durch eine spätere Ableugnung nicht ohne Weiteres seine Wirkung. Vielmehr ist es Sache der freien Beweiswürdigung ob der früheren oder späteren Erklärung mehr Glaube zu schenken ist. Aber dasselbe büsst alle Bedeutung ein sobald das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, dass die zugestandenen Thatsachen unrichtig sind. Bei dem gerichtlichen Geständniss ist das Gericht dagegen genöthigt, ungeachtet des späteren Widerrufs auf Grund der einmal zugestandenen Thatsachen zu entscheiden solange die im Geständniss liegende Verfügung nicht durch einen wirksamen Widerruf entkräftet worden ist. Wirksam wird aber der Widerruf nur wenn die Partei beweist, dass das Geständniss bloss durch einen bei ihr obwaltenden Irrthum veranlasst wurde und dass die zugestandenen Thatsachen unrichtig sind. Dass der Irrthum entschuldbar ist, wird nicht vorausgesetzt. Auch steht hier der Rechtsirrthum dem Irrthum über Thatsachen vollständig gleich. Die allgemeine Fassung wie der Grund des Gesetzes schliessen die entgegengesetzte Auffassung aus. Simulation ist dem Irrthum nicht gleichgestellt.[2]) Bezüglich des Beweises gelten die allgemeinen Vorschriften. Es kann der Beweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden sofern die gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen vorliegen. Die Vorschrift des § 411 steht nicht im Wege da überhaupt keine Thatsache vorliegt, die das Gericht „für bewiesen erachtet,“ ausserdem gerade der Umstand in Frage steht ob das Geständniss als solches bindend ist

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 245; Seuffert S. 317; Siebenhaar S. 304; Puchelt II S. 70; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 344; Seuffert II S. 105. A. M. sind Endemann II. 81 und Kleiner II S. 121.

[2]) V. Seuffert S. 317; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 344; Endemann II S. 82; von Canstein a. a. O. S. 344. A. M. sind Struckmann und Koch III. Aufl. S. 245.

und sonach § 261 auf dasselbe Anwendung findet. Ob das Geständniss von der Partei selbst oder einem gesetzlichen Vertreter oder Prozessbevollmächtigten abgelegt wurde ist für den auf Grund des § 263 erfolgenden Widerruf einerlei. Auch in den letzteren Fällen ist dieser nur dann gestattet wenn Unwahrheit und Irrthum nachgewiesen werden. Bezüglich des Irrthums muss es hinreichen, dass die Partei selbst bezw. der gesetzliche Vertreter sich in einem Irrthume befand und in Folge dessen den Prozessbevollmächtigten falsch instruirte. Ebenso ist aber auch der gesetzlichen Vorschrift Genüge geschehen wenn nachgewiesen wird, dass der letztere die Instruktion falsch verstand da auch in diesem Falle das Geständniss durch einen Irrthum veranlasst wurde. Auf den Widerruf, der auf Grund der §§ 81 und 86 erfolgt, findet die Vorschrift des § 263 keine Anwendung. Ebenso gelten für das sogenannte fingirte Geständniss (§§ 129, 296) nicht die Bestimmungen der §§ 263 und 494. Vielmehr kommen die Vorschriften der §§ 251, 307 und 491 zur Anwendung.[2])

III. Grundsatz der Theilbarkeit. Qualifizirtes Geständniss. (§ 262.)

1. Beseitigung des Grundsatzes der Untheilbarkeit des Geständnisses.

Ausserhalb der Gebiete des französischen Rechts galt in Deutschland von jeher der Grundsatz, dass das Geständniss seine Wirkung nicht durch die Beifügung von Behauptungen verliere, welche an sich keine Verneinung der vom Gegner behaupteten Thatsachen enthalten sondern nur den aus diesen Thatsachen abgeleiteten Anspruch vernichten also ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bilden. Dagegen wurde in den Ländern, in welchen französisches Recht gilt, der in Art. 1356 C. c. aufgestellte Grundsatz: „L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait“ in der Weise ausgelegt, dass Zusätze, welche den Klagegrund oder die Einrede beschränken oder aufheben, auch dann nicht von dem Geständniss getrennt werden können wenn sie sich auf eine spätere Thatsache (z. B. auf die Zahlung der Schuld) beziehen und das Geständniss in solchen Fällen nur getheilt werden darf wenn es sich bei dem Zusatz um ein anderes, einen selbständigen Klagegrund bildendes, Rechtsverhältniss (z. B. eine zur Kompensation benützte Gegenforderung) handelt. Diesen Grundsatz des französischen Rechts wollte man nicht bloss nicht in die C.-P.-O. aufnehmen sondern ihn auch in allen Rechtsgebieten, in denen er Geltung erlangt hat, beseitigen. Dieser Zweck wird durch die Vorschrift des § 262 Abs. 1 erreicht. Es ist hienach künftig in allen Gebieten, in denen französisches Civilrecht gilt, derjenige, der die Entstehung einer gegen ihn geltend gemachten Forderung zugesteht aber deren Zahlung behauptet, verpflichtet diese zu beweisen.

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 344; Hellmann II S. 101; Kleiner II S. 121; Gaupp II S. 105; R.-G. 24. Mai 1881, jur. Wochenschrift 1881 S. 133. A. M. sind von Sarwey I S. 405; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 245.

[2]) V. Struckmann-Koch a. a. O.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 344; Kleiner II S. 121; Gaupp II S. 106.

2. Das sogen. qualifizirte Geständniss.

Werden dem Geständnisse solche zusätzliche oder einschränkende Behauptungen beigefügt, welche nicht unter die Vorschrift des § 262 Abs. 1 fallen so soll es sich gemäss Abs. 2 dieses § nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles bestimmen ob ungeachtet dieser Zusätze die einräumende Erklärung als ein Geständniss anzusehen ist oder ob lediglich eine (motivirte) Verneinung der vom Gegner behaupteten Thatsachen vorliegt. Damit ist aber nicht gesagt, dass das Gericht willkürlich das Eine oder das Andere annehmen dürfe. Soweit es sich um die Würdigung der abgegebenen Erklärungen im Sinne des § 259 handelt und das Gericht nicht annimmt, es seien die vom Gegner behaupteten Thatsachen zugestanden und bedürften desshalb keines Beweises sondern diese Thatsachen auf Grund der Verhandlung für wahr erachtet hat, dasselbe allerdings nach freier Ueberzeugung zu entscheiden. Sofern aber eine solche Ueberzeugung nicht begründet ist muss nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und insbesondere nach den Regeln über die Beweislast (Bem. III. zu §§ 255 ff.) darüber entschieden werden ob die in Frage stehenden Thatsachen als zugestanden oder als verneint anzusehen sind. Entscheidend ist hiebei ob die „rechtserzeugenden Thatsachen" (Bem. III. 2 zu §§ 255 ff.) zugestanden sind und zwar müssen alle Thatsachen dieser Art zugestanden sein wenn die Vorschrift des § 261 Abs. 1 zur Anwendung kommen soll. Werden diese Thatsachen zugestanden so liegt auch dann ein wirksames Geständniss vor wenn andere ausdrückliche Behauptungen des Klägers in Abrede gestellt werden, die zur Begründung des Anspruchs nicht nothwendig waren. Umgekehrt liegt aber wenn Thatsachen verneint werden, die zur Begründung des Anspruchs gehören ein wirksames, den Gegner vom Beweis befreiendes, Geständniss auch dann nicht vor wenn diese Thatsachen nicht ausdrücklich behauptet wurden und auch nicht ausdrücklich behauptet werden mussten sondern als stillschweigend behauptet gelten wenn nicht etwas Gegentheiliges bei der Begründung des Anspruchs angeführt wurde. Wird auf Erfüllung einer Verbindlichkeit geklagt so genügt es z. B. zur Begründung der Klage, dass Kläger behauptet, der Beklagte habe sich vertragsmässig zu der verlangten Leistung verpflichtet. Es ist wenn dieser ausbleibt und dadurch die (ausdrücklichen und stillschweigenden) Behauptungen des Klägers zugesteht Versäumnissurtheil gegen denselben zu erlassen. Der Kläger braucht nicht ausdrücklich zu behaupten, dass die Verbindlichkeit nicht unter einer Bedingung erfolgt, dass für die Erfüllung keine Frist gesetzt worden sei, dass es sich nicht um ein Scheingeschäft, sondern um einen ernstlichen Vertrag handle u. s. w. In dem Vorbringen, es liege ein Vertrag vor, auf Grund dessen die sofortige Erfüllung verlangt werden könne, ist vielmehr die Behauptung enthalten, dass keiner der Umstände gegeben sei, deren Vorhandensein die Existenz des erhobenen Anspruchs oder doch dessen derzeitige Geltendmachung beseitigt. Und doch schliesst die Verneinung einer solchen stillschweigenden Behauptung die Annahme eines wirksamen Geständnisses aus wenn es sich um eine rechtserzeugende, nicht um eine sogen. rechtshindernde Thatsache handelt. (Bem. III. 3 zu §§ 255 ff.) Sofern sich der Widerspruch des Beklagten bloss auf einen Theil der Klagethatsachen erstreckt, zufolge desselben aber der Kläger

beweispflichtig ist muss dieser beweisen, dass die zur Begründung des erhobenen Anspruchs erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Er ist aber nicht verpflichtet, das Gegentheil der vom Gegner aufgestellten Behauptungen nachzuweisen soweit dies nicht mit den von ihm nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisenden Thatsachen zusammenfällt. Seine Lage kann durch die motivirte Verneinung des Gegners nicht verschlechtert und die ihm obliegende Beweislast nicht erschwert werden. [1]) Derselbe kann sich jedoch auch auf den Standpunkt des Gegners stellen und indem er die zugestandenen Thatsachen annimmt nachweisen, dass die demselben beigefügte zusätzliche oder beschränkende Behauptung unrichtig ist. Im Einzelnen gelten folgende Regeln, welche zur Anwendung kommen wenn das bürgerliche Recht keine anderen Vorschriften enthält:

a. Die sogen. exceptio rei non sic sed aliter gestae.

Wenn eine Partei sich, um den von ihr erhobenen Anspruch zu begründen, auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft beruft und der Gegner zwar die Thatsache, auf welche das Rechtsgeschäft bezogen wird z. B. den Empfang einer bestimmten Geldsumme, die er darlehnsweise erhalten haben soll, zugibt dagegen den geltend gemachten Verpflichtungsgrund bestreitet indem er etwa behauptet, das betr. Kapital sei ihm nicht geliehen sondern geschenkt worden so ist eine der wesentlichen Voraussetzungen des erhobenen Anspruchs (der Darlehnsklage) verneint und die Anwendung des § 261 Abs. 1 ausgeschlossen. Der Kläger kann nicht behaupten, es sei die Thatsache, auf die es im Wesentlichen ankomme, zugestanden und es sei Sache des Beklagten, nachzuweisen, dass eine Schenkung vorliege. Thatsächlich kann allerdings wenn Kläger die Hingabe des Geldes nachweist und die Umstände, unter denen das geschehen ist, keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Schenkung ergeben das Gericht zur Annahme gelangen, es sei ein Darlehn beabsichtigt gewesen. Aber solange die Behauptungen des Klägers beweislos dastehen hat derselbe seiner Beweispflicht zu genügen. Die Erklärungen des Beklagten, welche gerade auf eine Verneinung der Klagethatsachen hinauslaufen, können einen solchen Beweis nicht ersetzen oder überflüssig machen. Auch muss wenn der Kläger in Ermangelung anderer Beweismittel zur Eideszuschiebung greift und der Beklagte schwört, er habe zwar die eingeklagte Geldsumme erhalten sie sei ihm aber nicht geliehen sondern geschenkt worden, die Klage abgewiesen werden da nach den vom Beklagten zugegebenen und beschworenen Thatsachen die Klage als unbegründet erscheint. Dasselbe Ergebniss stellt sich heraus wenn der Beklagte das vom Kläger behauptete Rechtsgeschäft zugibt aber in wesentlichen Punkten andere Angaben als der Kläger macht derart, dass die Klage abgewiesen werden müsste wenn sich in Wirklichkeit die Sache so verhielte wie sie vom Beklagten dargestellt wird. Auch in diesem Falle sind die thatsächlichen Voraussetzungen, welche vorhanden sein müssen,

[1]) V. Römer im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 180 und die dort angeführte Literatur, insbes. Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. XII Nr. 64 S. 201 und Bd. XV Nr. 230 S. 78 ff.; ferner R.-G. 7 Mai 1880 d. Juristenzeitung Bd. IV S. 469.

wenn die Klage begründet sein soll nicht sammt und sonders zugegeben und man kann nicht sagen, dass kein Streit über die entscheidenden Thatsachen bestehe oder der Beklagte auf den Beweis verzichtet habe. Dies gilt jedoch nur soweit es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, nicht wenn der in Anspruch Genommene geltend macht, neben dem zur Begründung des Anspruchs geltend gemachten sei ein zweites Rechtsgeschäft zu Stand gekommen. [1]) Behauptet z. B. der Kläger, es schulde ihm der Beklagte den Kaufpreis für einen bestimmten, demselben verkauften, Gegenstand so kann er von der ihm obliegenden Beweislast nur dadurch befreit werden dass der Beklagte den Inhalt des Vertrags in allen wesentlichen Punkten zugibt und hat die rechtsbegründenden Thatsachen zu beweisen wenn der Beklagte behauptet, er habe nicht vom Kläger sondern von einer anderen Person oder doch nicht vom Kläger allein gekauft [2]) oder es sei ihm nicht der vom Kläger bezeichnete Gegenstand sondern eine andere Sache oder zwar der bezeichnete Gegenstand, aber in anderer Beschaffenheit oder Quantität verkauft oder es sei nicht der vom Kläger behauptete Kaufpreis sondern ein geringerer bedungen worden. In diesen und in allen ähnlichen Fällen wird der Abschluss des vom Kläger behaupteten Kaufvertrags nicht zugestanden vielmehr unter Darlegung des wirklichen Sachverhalts verneint und es kann dem Beklagten nicht schaden, dass er sich nicht auf die einfache Verneinung beschränkt sondern den wirklich abgeschlossenen Vertrag, der ein anderer als der vom Kläger behauptete ist, genau bezeichnet hat. [3])

[1]) Dass die sogen. exc. rei non sic sed aliter gestae nicht als Einrede, sondern als Verneinung der rechtsbegründenden Thatsachen (negatio per positionem alterius) anzusehen ist, wird heute allgemein anerkannt. V. insbesondere: Weber, Verbindl. zur Beweisführung, S. 206 ff.; Langenbeck, Beweisführung S. 331 ff.; Maxen, Beweislast S. 102; Pöschmann, die Natur des qualifizirten Geständnisses S. 15; Unger, östr. Privatrecht Bd. II S. 473; Annalen des sächs. O.-A.-G. Bd. V S. 345; Römer im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 150.

[2]) Dass die Behauptung, es sei nicht an den Kläger allein, sondern an ihn und einen Anderen gemeinschaftlich verkauft worden, als Leugnen des Klagegrundes anzusehen sei, entschied das O.-A.-G. in Dresden am 8. Nov. 1859 und 23. Juni 1862, Annalen Bd. II Nr. 75 S. 506 und Bd. V. Nr. 31 S. 343. Ebenso wurde der Kläger für beweispflichtig bezüglich der Frage erklärt, dass der Beklagte den Vertrag in eigenem Namen, nicht als Geschäftsführer eines Dritten abgeschlossen habe. Seuffert Archiv Bd. 16 S. 263 und Bd. 26 S. 283. Anders Seuffert Bd. 29 S. 431. V. noch Römer a. a. O. S. 160 ff.; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. 18 Nr. 81 S. 294, Bd. XXII Nr. 50 S. 222; endlich R.-G. 30. April 1880 und 2. Febr. 1881 Entscheid. Bd. II S. 194 und Bd. III S. 122.

[3]) Dass den Beklagten, der zugibt, ein Gut gekauft zu haben, aber behauptet, es sei das Inventar mitverkauft worden, nicht die Beweislast treffe, entschied das Dresdener O.-A.-G. am 18. Okt. 1860, Annalen Bd. III S. 106. Ebenso erkannte das badische Oberhofgericht (Annalen Bd. 35 Nr. 45 S. 101), dass Kläger beweispflichtig sei, wenn der Beklagte den Kauf eines Hauses zugestehe, aber behaupte, dasselbe habe nach dem Vertrag noch in guten Stand gesetzt werden sollen, und dies sei nicht geschehen.

Wenn der Kläger Zahlung einer bestimmten Summe als Kaufpreis für einen den Beklagten gelieferten Gegenstand verlangt, der Beklagte aber behauptet, es habe gar kein Kauf stattgefunden vielmehr sei ihm der Gegenstand an Zahlungsstatt übergeben worden so muss der Kläger den Kauf beweisen.[1]) Ebenso erscheint derselbe als beweispflichtig wenn der aus einem zweiseitigen Vertrag in Anspruch genommene Beklagte behauptet, der Kläger habe noch weitere Leistungen, als die bethätigten zu machen[2]) oder wenn er geltend macht, es sei ihm bei Abschluss des Kaufs Rabatt oder Skonto bewilligt worden und es stelle sich desshalb der Preis der Waare anders als er vom Kläger berechnet werde.[3]) Ein Leugnen des Klagegrundes liegt auch dann vor, wenn der Beklagte behauptet, er habe das Geschäft als Fixgeschäft abgeschlossen, es sei aber die Lieferzeit vom Kläger nicht eingehalten worden,[4]) oder es habe dieser ihm an einem anderen Orte zu liefern als er es thun wolle[5]) oder wenn der Kläger den angemessenen Preis verlangt, der Beklagte aber geltend macht es sei ein bestimmter, niedrigerer Preis ausbedungen worden.[6]) Wenn der in Anspruch genommene Käufer behauptet, es sei ihm eine bestimmte Eigenschaft versprochen worden, welche der gelieferten oder angebotenen Sache fehlten so ist zu unterscheiden ob es sich um eine bestimmte Sache oder um einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand handelt. Im letzteren Falle liegt ein Leugnen des Klagegrundes vor da der Beklagte behauptet, er habe die in Frage stehende Sache nicht gekauft bezw. brauche sie nicht anzunehmen. Im ersteren Falle bezieht sich dagegen die Behauptung des Beklagten, der die ihm angebotene Sache gekauft hat, sofern er dieselbe annehmen muss und lediglich Schadenersatz verlangt nicht auf den Klagegrund sondern dient zur Begründung eines besonderen Begehrens. Nur wenn der Beklagte nach dem geltenden Recht behaupten kann, er brauche den Kauf wegen des in Frage stehenden Mangels nicht zu halten, handelt es sich um eine Bestreitung des Klagegrundes.[7]) Ebenso wie in dem angegebenen Fall liegt die Sache, wenn ein Kauf nach Probe behauptet wird.[8])

[1]) V. Römer a. a. O. S. 154, Entscheidung des R.-O.-H.-G. Bd. 16 Nr. 45 S. 158.

[2]) V. Römer a. a. O. S. 156, Seufferts Archiv Bd. XV Nr. 249 und Bd. XVIII Nr. 185.

[3]) So auch Römer a. a. O. S. 157 ff.; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. X Nr. 49 S. 233. V. dag. Seufferts Archiv Bd. XV. Nr. 9 und Entscheid. d. R.-O.-H.-G. Bd. I Nr. 14 S. 56.

[4]) V. Römer a. a. O. S. 158; Seufferts Archiv Bd. XVIII Nr. 184.

[5]) V. Römer a. a. O. S. 171 ff.; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. XVI Nr. 99 S. 390.

[6]) Wegen dieser bestrittenen Frage sind zu vergleichen: Römer a. a. O. S. 158 ff.; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. XV. Nr. 30 S. 78 ff.; ferner Seufferts Archiv Bd. XXIX Nr. 280, Bd. XXX Nr. 285. Bd. XXXII Nr. 363; Zeitschr. für Rechtspfl. in Braunschweig J. 26 S. 7 und 162.

[7]) V. Römer a. a. O. S. 174 ff.; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. XV. Nr. 76 S. 268 und Bd. XX Nr. 90 S. 352 ff.

[8]) V. Römer a. a. O. S. 176 ff.; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. II Nr. 94, S. 418; Bd. XV. Nr. 21 S. 53 ff.

b. Behauptung einer aufschiebenden Bedingung oder Frist.

Gibt der Beklagte zu, dass er die vom Kläger geltend gemachte Verpflichtung übernommen habe, behauptet er aber, es sei dies nur unter einer bestimmten, nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung geschehen oder es sei ihm zur Erfüllung der Verpflichtung eine noch nicht abgelaufene Frist gewährt worden so liegt die Sache ebenso wie in den soeben erörterten Fällen. Der Beklagte kann zur Vornahme der in Frage stehenden Leistung nur dann verurtheilt werden wenn feststeht, dass dieselbe schon jetzt von ihm verlangt werden kann. Gerade diese Verpflichtung und die Thatsachen, aus denen dieselbe gefolgert wird, bestreitet er aber. Es liegt desshalb kein unbestrittener Thatbestand vor wie er in § 261 vorausgesetzt wird und wie er vorliegen muss wenn der Kläger von der ihm gesetzlich obliegenden Beweispflicht befreit und der Richter genöthigt sein soll, ungeachtet mangelnder Beweise die vom Kläger behaupteten Thatsachen als feststehend anzunehmen. Allerdings war der Kläger schon nach gemeinem Recht nicht verpflichtet, ausdrücklich zu behaupten, dass dem Versprechen des Beklagten keine Bedingung beigefügt und zur Erfüllung keine Frist gegeben worden sei und ist hiezu nach der C.-P.-O. noch weniger genöthigt. Vielmehr rechtfertigt der Umstand, dass von einer derartigen Bedingung oder Frist nichts erwähnt und die sofortige Erfüllung verlangt wird, die Annahme, dass nach der Behauptung des Klägers die Verpflichtung des Beklagten bedingungslos und ohne Fristbestimmung übernommen worden sei. Es ist sonach gegen den Beklagten wenn er ausbleibt und dadurch die Behauptungen des Klägers zugesteht Versäumnissurtheil zu erlassen. Aber dies ändert nichts daran, dass die Verpflichtung zur Leistung im Augenblick der Klage feststehen muss wenn diese begründet sein soll. Würde der Kläger selbst behaupten, es habe sich der Beklagte nur unter einer aufschiebenden Bedingung verpflichtet oder es sei die Schuld noch nicht fällig oder würde es sich bei einem auf Grund einer puren Klageverneinung angeordneten Beweisverfahren herausstellen, dass der Beklagte zur Zeit noch nicht zur Vornahme der verlangten Leistung verpflichtet ist so müsste die Klage abgewiesen werden. Der Umstand, dass der Kläger einen wesentlichen Umstand verschwiegen oder bestritten hat, kann aber dessen Lage ebensowenig verbessern als die des Beklagten dadurch verschlechtert werden kann, dass er statt die Klage einfach zu bestreiten zugegeben hat, er könne vielleicht später zu der in Frage stehenden Leistung angehalten werden. Auch die Verneinung der stillschweigenden Behauptungen, welche zur Begründung der Klage gehören, kann die Annahme eines Geständnisses ausschliessen.[1]) Vgl.

[1]) Dass der Kläger beweispflichtig ist wenn der Beklagte behauptet, er habe sich nur unter einer aufschiebenden Bedingung verpflichtet, wird heute ziemlich allgemein anerkannt. V. insbes. Römer a. a. O. S. 163 ff.; Windscheid, Pandekten § 86 Bd. I S. 213; Seuffert, Archiv Bd. 13 S. 266, Bd. 17 S. 456, Bd 26 S. 285 und 287 ff., Bd. 28 S. 437; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. I S. 74, II S. 92 ff., III S. 246, IV S. 127, XI S. 362, Bd. XII Nr. 64 S. 201; Bd. XVII Nr. 50 S. 224. Entscheid. des bayer. obersten Gerichtshofs Bd. V S. 935 (anders Bd. II S. 115); O-.L.-G. Jena 29. Jan. 1880, Zeitschr. für Rechtspflege in Thür. N. F. Bd. VII S. 254. Das preuss. Obertribunal entschied am 18. Sept. 1873, der Kläger sei beweispflichtig, wich von

Bem. III. zu §§ 255 ff.) Behauptet der Beklagte, es liege ein Kauf auf Probe vor, so finden, da dieser ein Kauf unter einer aufschiebenden Bedingung ist (Art. 339 H.-G.-B.), die angeführten Grundsätze gleichfalls Anwendung. [1])

Auflösende Bedingung und dies ad quem.

Ebenso wie bei der aufschiebenden Bedingung liegt die Sache in den Fällen, in welchen zwar der Abschluss des Vertrags zugegeben wird der Beklagte aber behauptet, der Vertrag und seine auf demselben beruhende Verbindlichkeit sei durch den Eintritt einer bei Abschluss des Vertrags verabredeten auflösenden Bedingung wieder aufgehoben worden sofern man von der Annahme ausgeht, das auflösend bedingte Geschäft sei ebenso wie das aufschiebend bedingte als einheitliches anzusehen. In diesem Falle enthält die Behauptung, es sei der Vertrag unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, ein Leugnen des Klagegrundes. Es muss jedoch der Beklagte den Eintritt der von ihm behaupteten Bedingung beweisen. Nur wenn nach der geltenden Gesetzgebung die Beifügung einer auflösenden Bedingung als Verabredung eines auf Wiederaufhebung des Hauptgeschäfts gerichteten Nebenvertrags anzusehen ist, erscheint der Beklagte als beweispflichtig. [2]) Was von der auflösenden Bedingung gilt, muss auch auf die auflösende Befristung (den dies ad quem) Anwendung finden. [3])

d. Leugnen der Willenseinigung bezw. einer wirksamen Willenserklärung.

Da die Willenseinigung der Parteien oder jedenfalls eine solche Willenserklärung, aus welcher auf die Willenseinigung geschlossen werden muss, bei jedem Vertrag von demjenigen nachzuweisen ist, der aus demselben Rechte ableitet und sonach zu den „rechtserzeugenden Thatsachen“ gehört (Bem. III.

dieser Auffassung durch Erkenntniss vom 10. Sept. 1874 ab, kehrte zu derselben aber in einem Urtheil vom 4. Febr. 1875 zurück. V. Striethorst, Archiv Bd. 90 S. 226, Bd. 92 S. 226 und Bd. 93 S. 181 und die dort gegebenen Nachweisungen. Dass Kläger zu beweisen hat, wenn der Beklagte behauptet, es sei ein bestimmter Lieferungstag festgesetzt worden, die Forderung also noch nicht fällig, wurde öfters entschieden. (Seuffert, Archiv Bd. 18 S. 294. (Bd. 20 S. 443). V. auch Brackenhöft, Erörterungen S. 440 ff.; Pöschmann a. a. O. S. 18 ff. und 37 ff. Unger östr. Privatrecht Bd. II S. 463.

[1]) V. Erk. des R.-O.-H.-G. vom 4. Nov. 1871 Bd. IV Nr. 23 S. 127.

[2]) V. Römer a. a. O. S. 165 ff.; Puchelt Bd. II S. 69. Nach der herrschenden Meinung hat derjenige, der behauptet, es sei das in Frage stehende Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, diese zu beweisen. V. Windscheid § 86 Note 6 und die dort angeführte Literatur; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. II Nr. 21 S. 92; Bd. VII Nr. 5 S. 37; Annalen des sächs. O.-A.-G. I Nr. 38 S. 123 ff.; Pöschmann a. a. O.

[3]) V. Windscheid, Pandekten § 96 Bd. I S. 244; Seuffert, Pand. § 262 S. 316. Das Oberhofgericht in Mannheim und das Obertribunal in Stuttgart haben entschieden, die Behauptung, der Vertrag sei ad diem geschlossen, sei als ein Leugnen des Klagegrundes anzusehen. V. Römer a. a. O. S. 169, Seufferts Archiv Bd. III Nr. 222, Bd. V Nr. 239.

zu §§ 255 ff.), muss die beweispflichtige Partei dieselbe auch in solchen Fällen nachweisen, in welchen eine Willenserklärung zugestandener Massen erfolgt ist aber behauptet wird, dieselbe sei nicht ernstlich gewesen und es könne aus ihr auf den Willen der Parteien nicht geschlossen werden. Dass der consensus nicht direkt bewiesen sondern dessen Vorhandensein nur auf dem Wege der Schlussfolgerung aus bestimmten Thatsachen festgestellt werden kann, ändert hieran nichts da nicht aus jeder beliebigen Erklärung das Vorhandensein eines ernstlichen Willens folgt und die Thatsachen, aus welchen ein Schluss gezogen werden soll, der richterlichen Würdigung unterstellt werden müssen. Auch im Gebiete des Strafrechts kann der rechtswidrige Vorsatz nur auf indirekte Weise nachgewiesen werden und doch wird die Ansicht, dass der dolus präsumirt werde, verworfen und der Beweis des subjektiven wie des objektiven Thatbestandes verlangt. Ebenso muss man im Civilprozess dazu kommen, den consensus, da dessen Vorhandensein zwar durch thatsächliche Vermuthungen festzustellen ist für diese aber keine Rechtsvermuthung spricht, als rechtserzeugende, im Fall der Bestreitung zu beweisende, Thatsache zu behandeln.

e. Exceptio non adimpleti contractus.

Wenn der Beklagte zwar die vom Kläger behauptete Verbindlichkeit nicht bestreitet aber geltend macht, er sei zu der verlangten Leistung erst dann verpflichtet wenn Kläger seinerseits die ihm aus demselben Rechtsverhältniss obliegende Verbindlichkeit erfüllt habe so ist zunächst nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden ob dieses Verlangen gerechtfertigt oder ob die Erfüllung der einen Verbindlichkeit von der der anderen unabhängig ist. Handelt es sich um selbständige Verbindlichkeiten so kann sich der Beklagte der Erfüllung seiner Verpflichtung nicht aus dem Grund widersetzen weil Kläger einer ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht nachgekommen sei. Derselbe ist sonach beweispflichtig wenn er behauptet, kraft besonderer Verabredungen habe er erst nach dem Kläger zu erfüllen. Ist nach der Natur des Vertrages weil es sich um gegenseitige Verbindlichkeiten handelt der Kläger erst dann berechtigt, vom Gegner Erfüllung des Vertrags zu verlangen wenn er selbst seiner Verpflichtung nachgekommen ist so gehört der Nachweis der Erfüllung zu den thatsächlichen Voraussetzungen der Klage und diese erscheint als unbegründet solange der Kläger diesen Beweis nicht erbracht hat. Verlangt der Verkäufer die Bezahlung des Kaufpreises so hat er hienach zu beweisen, dass er seinerseits der Verpflichtung zur Uebergabe des Kaufobjektes etc. nachgekommen oder dass der Käufer nach den Bestimmungen des Vertrags zur Vorleistung verpflichtet ist. Die sogen. exc. non adimpleti contractus ist in solchen Fällen nicht als Einrede, sondern als Verneinung der rechtsbegründenden Thatsachen anzusehen.[1]) Muss

[1]) V. Weber, Verbindl. zur Beweisführung S. 184 ff. und 287 ff.; Gerber, Klagegrund und Beweislast S. 56 und 161; Langenbeck, Beweisführung S. 356 ff.; Maxen, Beweislast S. 268. Anders Albrecht, Exceptionen S. 178. Dass die exc. non impleti contractus eine wirkliche Einrede sei, wird von Unger (a. a. O. S. 468 ff.) vertheidigt und als die herrschende Ansicht bezeichnet. Aber auch er sagt, der Kläger, der in

der Kläger die Erfüllung überhaupt nachweisen so gehört dazu aber auch, dass dieselbe den vertragsmässigen Anforderungen entspricht und es kann in dieser Beziehung zwischen dem vollständigen Leugnen der Erfüllung und der sogen. exc. non rite adimpleti contractus kein Unterschied gemacht werden. Es hat in allen Fällen, in welchen bestritten wird, dass die Leistung des Klägers vertragsmässig sei und insbesondere falls bei einem Kauf nach Probe die dem Muster oder der Probe entsprechende Beschaffenheit in Abrede gestellt wird, der Kläger die vertragsmässige bezw. probemässige Beschaffenheit der gelieferten Waare zu beweisen sofern nicht etwa der Beklagte die Waare angenommen und darüber verfügt hat.[1]) Nach denselben Grundsätzen sind die übrigen Streitfragen über die Beweislast hinsichtlich der Erfüllung der Obligation zu entscheiden.[2])

§ 264.

Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

(E. § 254. M. 476 ff. K. 92.)

1) Thatsachen, deren Wahrheit dem Prozessgerichte als solchem bekannt sind, bedürfen keines Beweises. Vielmehr sind dieselben der Entscheidung ebenso zu Grund zu legen als ob sie vor Gericht zugestanden oder bewiesen worden wären. Worin die Offenkundigkeit bei dem Gerichte ihren Grund hat, ist gleichgültig. Als gerichtsbekannt können gelten:

a. Thatsachen, welche der Richter mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat;

b. Handlungen, die vor Gericht stattgefunden haben oder vom Gerichte ausgegangen sind;

c. Thatsachen, von denen der Richter durch Mittheilungen von Staatsbehörden, Gesetzblätter oder Amtsblätter etc. officielle Kenntniss hat wie die Verhältnisse der Landesverwaltung, Organisation der Behörden u. s. w.;

d. Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntniss der Richter mit allen gebildeten Menschen gemein hat.

2) Ob das Gericht schon bei Beginn des Prozesses Kenntniss von den offenkundigen Thatsachen hatte oder dieselbe erst im Lauf des Prozesses erlangte, ist einerlei. Auch ist es gestattet, eine Vertagung eintreten zu lassen um sich die Kenntniss einer bestrittenen Thatsache (z. B. durch Einsichtnahme von Gerichtsakten oder gerichtlichen Verfügungen) zu verschaffen. Dagegen würde es mit dem Begriff der Offenkundigkeit in Widerspruch stehen, wollte

der Klage oder Replik die seinerseits geschehene Erfüllung des Vertrags behaupte, müsse diese beweisen.

[1]) So entschied auch das bad. Oberhofgericht (Annalen Bd. 31 Nr. 59 S. 163 und Bd. 36 Nr. 70 S. 177), das preuss. Obertribunal (Striethorst, Archiv Bd. 35 Nr. 30 S. 125 und Bd. 42 Nr. 42 S. 225) und das Reichsoberhandelsgericht (Entscheid. Bd. VI Nr. 73 und Nr. 77 S. 324 ff. und 336 ff.). V. auch R.-G. 11. Juni 1880, d. Juristenzeitung Bd. VI S. 128.

[2]) V. hiezu noch Römer in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 23 S. 1 ff. insbes. S. 34 ff.

man über dieselbe Beweis zulassen. Dass eine Partei sich auf die Gerichtskundigkeit einer bestimmten Thatsache beruft, ist gestattet. Aber auch wenn dies nicht geschieht sondern die betr. Partei sich zum Beweis der Thatsache erbietet kann das Gericht auf Grund der bestehenden Offenkundigkeit von demselben absehen. Die Gründe, welche das Gericht bestimmten, eine Thatsache als offenkundig zu betrachten, sind in dem Urtheil anzuführen (§ 284); insbesondere ist anzugeben ob die Offenkundigkeit auf Grund eigener Wahrnehmungen bezw. gerichtlicher Urkunden oder auf Grund geschichtlicher Kenntnisse u. s. w. angenommen wurde. Die Frage ob dies mit Recht geschah unterliegt im Falle der Berufung der Entscheidung des höheren Richters; ja es kann Revision eintreten wenn die Vorschrift des § verletzt wurde (§ 511).[1])

3) Liegt bezüglich einer Thatsache ein wirksames gerichtliches Geständniss (§ 261) vor, so muss das Gericht dieselbe als wahr behandeln wenn auch das Gegentheil derselben offenkundig ist. Soweit die Parteien über den Beweis zu verfügen haben, ist deren Verfügung auch dann für das Gericht bindend wenn dasselbe von der Unwahrheit der zugestandenen Thatsachen überzeugt ist. (Bem. II. 1 zu § 261 ff.) Handelt es sich um eine bestrittene Thatsache so kann aber die Wirkung der Gerichtskundigkeit nicht durch ein Beweisanerbieten beseitigt werden.

4) Nur die Gerichtskundigkeit, nicht die Ortskundigkeit bewirkt, dass eine bestimmte Thatsache eines Beweises nicht bedarf. Dies geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor; es wurde aber auch in den Motiven (476) hervorgehoben. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass die nöthigenfalls durch Beweis festzustellende Ortskundigkeit einer Thatsache das Gericht bestimmt, dieselbe auf Grund freier Beweiswürdigung (§ 259) als wahr anzunehmen.

§ 265.

Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnissquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

(E. § 255. M. 477. K. 92.)

1) Nach dem Grundsatz „jura novit curia“ bilden im Allgemeinen nur Thatsachen den Gegenstand des Beweises. Die entscheidenden Rechtssätze sind vom Gericht von Amtswegen zu ermitteln und anzuwenden. Bezüglich dieser Sätze sind Beweise von den Parteien weder zu verlangen noch wenn solche angeboten werden zuzulassen. Der aufgestellte Grundsatz gilt jedoch

[1]) V. auch Seuffert S. 318; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 246; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 345; Gaupp II S. 107.

bloss für das Recht desjenigen Staates, dem das Prozessgericht angehört, dessen Kenntniss desshalb von ihm verlangt werden muss, nicht für das Recht anderer Staaten, das nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zur Anwendung kommt. Die Kenntniss dieses Rechts kann von dem Gericht nicht in derselben Weise verlangt werden wie die des inländischen Rechts. Es muss vielmehr die Partei, welche sich auf derartige Rechtsnormen beruft, dieselben nachweisen wenn sie auf ihre Berücksichtigung mit Sicherheit rechnen will. Andererseits ist das Gericht nicht verpflichtet, seine Ueberzeugung nur aus den von den Parteien beigebrachten Nachweisen zu schöpfen sondern kann jede beliebige Erkenntnissquelle benützen und von Amtswegen die Einholung von literarischen Hülfsmitteln u. s. w. anordnen. Auch ist dasselbe bezüglich der Auslegung des fremden Rechts an die von den Parteien beigebrachten Nachweise oder die in dem betr. Staat geltende Auffassung nicht gebunden. Soweit es sich um den Beweis von ausländischen Rechtssätzen handelt kommen nicht die Vorschriften der C.-P.-O. über die Beweisführung zur Anwendung insbesondere nicht die Bestimmungen über das gerichtliche Geständniss, den Eid u. s. w. [1])

2) Das in irgend einem Theile des Staats, dem das Prozessgericht angehört, geltende Recht ist kein fremdes Recht im Sinne des §. Vielmehr ist das Gericht auch dann verpflichtet, dieses Recht zu kennen und ist ein Beweisverfahren auch dann ausgeschlossen wenn das Recht lediglich auf Grund des sog. internationalen Privatrechts zur Anwendung kommt. In Preussen, Bayern und Hessen kann hienach bezüglich des französischen Rechts auch bei solchen Gerichten kein Beweis erhoben werden, in deren Bezirken dasselbe keine Geltung hat. Auch wenn das zur Anwendung kommende Recht nicht mehr in Geltung steht sondern bloss ausnahmsweise in solchen Prozessen zur Anwendung gelangt, die aus früherer Zeit stammen oder nach früher geltendem Recht zu entscheiden sind, muss das Gericht das betr. Recht kennen. Erstreckt sich der Bezirk eines Gerichts über mehrere Bundesstaaten, so hat dasselbe alle Gesetze, die in einem dieser Staaten irgendwo in Geltung sind, gleichmässig zu kennen und anzuwenden. (M. 477.) Für das Reichsgericht gilt desshalb nur dasjenige Recht als fremdes im Sinne des §, das nirgendwo in Deutschland Geltung hat. [2])

3) Das ungeschriebene oder Gewohnheitsrecht ist, gleichviel ob seine Geltung eine mehr oder weniger allgemeine oder ob dieselbe auf bestimmte Kreise beschränkt ist, dem in einem anderen Staate geltenden Rechte gleichgestellt. Es darf also bewiesen werden und die Partei muss sich zum Beweise desselben erbieten wenn sie sicher sein will, dass es zur Anwendung gebracht werde [3]) Dasselbe gilt von den „Statuten" im Sinne des §, d. h. dem auf dem autonomen Willen gewisser Kreise (Gemeinden, sonstiger Korporationen, Familien des hohen Adels u. s. w.) beruhenden Recht.

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 346; von Canstein in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. II S. 298.

[2]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 246; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 345 ff.; Endemann II S. 84; Gaupp II S. 108; ferner Entscheid. des pr. Obertrib. Bd. 56 S. 44 und Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. VI S. 356 und Bd. X. S. 226 ff.

[3]) V. auch R.-G. 18. Dez. 1880, Entscheid III S. 149.

§ 266.

Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschiebung, bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

(E. § 256. M. 477. K. 92.)

1) Die C.-P.-O. begnügt sich in zahlreichen Fällen (§§ 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 332, 315, 371, 395 597, 400, 406, 422, 432, 449, 454, 455, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 651, 688, 690, 710, 711, 784, 795, 800, 815, 840, 869) mit einer blossen Bescheinigung d. h. mit einem unvollständigen Beweise, der im § als „Glaubhaftmachung" bezeichnet ist. Eine Bestimmung dieses Begriffs, wie sie in der badischen und württemberg. P.-O. (§ 378 bezw. Art. 409) gegeben ist, wurde für entbehrlich und überdies für bedenklich erachtet. (M. 477.) [1]) Jedenfalls wird, damit eine Thatsache als glaubhaft erscheint, nicht die volle richterliche Ueberzeugung (§ 259) verlangt, sonst wäre Abs. 1 des § überflüssig gewesen. Vielmehr muss es genügen, dass die Behauptung wahrscheinlich gemacht wird. [2]) Ob ein höherer oder geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit zu verlangen ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles insbesondere von den Nachtheilen ab, welche eintreten können wenn der in Frage stehende Antrag zugelassen oder zurückgewiesen wird und es sich später herausstellt, dass die Annahme des Gerichts eine irrige war. Uebrigens ist die Anwendung des § nicht auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen sich die C.-P.-O. mit einer Glaubhaftmachung begnügt sondern derselbe auch dann massgebend wenn das bürgerliche Recht eine „Bescheinigung", „summarische Kognition" u. s. w. für hinreichend erklärt. Auch für solche Fälle bedarf es einer Regelung des prozessualischen Verfahrens, und diese kann nur in der C.-P.-O. gefunden werden. [3])

2) Was das Verfahren bei der Glaubhaftmachung anbelangt so bedarf es

[1]) § 378 der bad. P.-O. sagt: „Wo die Gesetze blosse Bescheinigung fordern, genügen solche Beweismittel oder Beweisgründe, welche hinsichtlich der in Frage stehenden Thatumstände nach den allgemeinen Beweisregeln keine vollständige rechtliche Gewissheit, sondern blosse Wahrscheinlichkeit hervorbringen, wie noch nicht anerkannte Privaturkunden, beglaubigte Abschriften, nicht vollkommen beweisende urkundlich beigebrachte aussergerichtliche Geständnisse, die Aussage eines einzigen glaubwürdigen oder mehrerer nicht vollkommen glaubwürdiger Zeugen, gemeine Vermuthungen u. s. w.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 247; Seuffert S. 320, 321; Hellmann II S. 107; von Sarwey I S. 407; Gaupp II S. 109, 110; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 347, 348.

[3]) V. auch Struckmann-Koch, Seuffert, Hellmann, Gaupp a. a. O. A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 348; von Sarwey I S. 408; Kleiner II S. 131.

unzweifelhaft einer förmlichen Beweisaufnahme nicht, wenn die Behauptung schon nach den Umständen des Falles als glaubhaft anzunehmen ist. Der in § 259 aufgestellte Grundsatz, nach welchem das Gericht unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen zu entscheiden hat, muss auch hier gelten, wo es sich nicht um die Ueberzeugung von der Wahrheit sondern um die Wahrscheinlichkeit einer Behauptung handelt. In den Motiven (S. 477) wurde dies ausdrücklich anerkannt und eine entsprechende Bestimmung des nord. Entw. (§ 334) als selbstverständlich bezeichnet. Ist es nicht möglich, die in Frage stehende Behauptung ohne eine Beweisaufnahme glaubhaft zu machen so kann eine solche stattfinden und es können mit Ausnahme der Eideszuschiebung, welche als ungeeignet und zu Verschleppungen führend, ausgeschlossen wurde (M. 477), alle Beweismittel benützt werden. Es darf aber nicht zum Zweck der Beweisaufnahme ein besonderer Termin nothwendig sein sondern es ist dieselbe nur dann gestattet wenn sie „sofort“ erfolgen kann also sich unmittelbar an die Verhandlung selbst, deren Vertagung (nach §§ 205 und 202) gestattet ist, anschliesst. Urkunden können hienach nur dann benützt werden wenn sie bei der Verhandlung vorgelegt werden. Dies gilt auch bezüglich solcher Prozessakten, auf welche sich eine Partei in der Beschwerdeinstanz beruft, welche aber dem Obergerichte nicht vorliegen und bezüglich deren auch keine Offenkundigkeit besteht.[1]) Ebenso ist Beweis durch Augenschein nur dann zulässig wenn die Einnahme des Augenscheins ohne Zeitverlust geschehen kann. Bezüglich des Zeugenbeweises wurde in den Motiven (477) bemerkt: „Kann die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden, so werden Zeugen regelmässig vorher vernommen werden müssen, so dass die Urkunde über die erfolgte Vernehmung dem schriftlichen Gesuche beizufügen ist. Wird dagegen über den Antrag mündlich verhandelt, so steht der Zulassuug des Zeugenbeweises nichts entgegen vorausgesetzt, dass die Beweisaufnahme in dem Verhandlungstermine erfolgen kann.“ Die letztere Bemerkung, die auch für den Beweis durch Sachverständige gilt, ist unzweifelhaft richtig. Was die Vorlegung einer Urkunde über die vorher erfolgte Vernehmung anbelangt so kann eine solche dann geschehen wenn ein richterliches Zeugenverhör über die in Frage stehenden Thatsachen bereits in demselben Prozesse oder auf Grund der §§ 447 ff. stattgehabt hat. Uebrigens kann das Gericht auch Zeugenaussagen, die nicht in amtlicher oder doch nicht in gesetzlicher Weise beurkundet worden sind, berücksichtigen wenn dadurch die betr. Behauptung glaubhaft gemacht wird.

3) Die Erwägung, dass dem Gerichte auch im Falle der Glaubhaftmachung eine möglichst freie Stellung einzuräumen sei führte zu der mit den allgemeinen Vorschriften über den richterlichen Eid in Einklang stehenden Vorschrift, dass der Antragsteller zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Behauptungen zugelassen werden könne. (M. 477 Pr. II S. 1052.) Es handelt sich sonach hier um die Auferlegung eines Eides im Sinne der §§ 437 ff. und sind deren Vorschriften in entsprechender Weise anzuwenden. Jedoch erfolgt die Auf-

[1]) V. O.-L.-G. Dresden 17. März 1880, Annalen I S. 532, d. Juristenzeitung Bd. V S. 122.

erlegung des Eides hier nicht durch bedingtes Urtheil sondern durch einen einfachen Beschluss.[1]) In den Fällen der §§ 44, 371 und 508 ist der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Eine besondere Vorschrift bezüglich der Glaubhaftmachung durch Eid enthält § 351 Abs. 2. Die Vorschrift des § 266 Abs. 2 muss übrigens auch auf die eidliche Versicherung des Antragstellers als eine Form des richterlichen Eides Anwendung finden. Die Zulassung zur eidlichen Versicherung kann desshalb nur erfolgen wenn der Antragsteller bei der Verhandlung anwesend ist also den Eid sofort leisten kann.

§ 267.

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

(E. § 257. M. 478. K. 92.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Zur Begründung der im Abs. 1 des § enthaltenen Vorschrift wurde in den Motiven (478) bemerkt: „Ist eine das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffende Vorschrift verletzt, so ist es aus Rücksicht auf die Sicherung eines geregelten Ganges des Verfahrens geboten, das Recht der Parteien zur Rüge einer derartigen Vorschrift in dem Masse zu beschränken, wie es — in Anlehnung an den Code de proc. Art. 173, preuss. Verordnung vom 14. Dez. 1838 § 6, Bayern Art. 218, 219, preuss. Entw. § 292 und nordd. Entw. § 340 — durch § 267 geschehen ist. Der Wissenschaft muss es überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter die Bestimmung des § 267 fallen. Soviel soll indessen bemerkt werden, dass unter „Prozesshandlungen" insbesondere diejenigen Akte zu verstehen sind, welche auf Betreiben einer Partei von nicht richterlichen Beamten (z. B. Gerichtsvollziehern) vorgenommen werden (z. B. Ladungen, Zustellungen), — actes de procédure C. de pr. Art. 173 —

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 247; Hellmann II S. 108; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 319; von Sarwey I S. 408; Gaupp II S. 111.

und dass auf die Befolgung aller diese Akten betr. Vorschriften von den Parteien wirksam verzichtet werden kann." (V. Motive zum pr. Entw. S. 61, nordd. Prot. II. S. 316—319 IV. S. 1577, 1578, 1653, V. S. 2354.)[1]) Es wird hienach vorausgesetzt, dass den Parteien das Recht zusteht, den Gegner von der Beobachtung das Verfahren betreffender Vorschriften, welche eine absolut zwingende Bedeutung nicht zukommt, in wirksamer Weise zu entbinden und ist soweit dies geschehen oder die in Frage stehende Handlung nachträglich genehmigt worden ist jede Rüge der vorgekommenen Gesetzesverletzung ausgeschlossen. Soweit die Parteien in der Lage sind, auf die Befolgung einer Vorschrift in wirksamer Weise zu verzichten, d. h. soweit es sich nicht um absolutes sondern um dispositives Recht handelt,[2]) wird aber durch § 267 Abs. 1 auch dem Gerichte das Recht entzogen, die Verletzung zu rügen. Ist das Rügerecht einmal verloren so kann es auch in höheren Instanzen nicht mehr geltend gemacht werden. (§§ 492, 521.)

II. Vorschriften, welche dem Verzicht unterliegen.

1) Die Bestimmung des § erstreckt sich nur auf Vorschriften, welche das Verfahren betreffen also die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung zum Gegenstand haben, nicht auf solche Vorschriften, welche sich auf den materiellen Inhalt der Entscheidungen beziehen. Wird eine derartige Vorschrift verletzt und soll die im Widerspruch damit erfolgte Entscheidung durch Rechtsmittel angefochten werden so kann § 267 nicht zur Anwendung kommen sondern ist die Frage ob die Anfechtung noch gestattet ist oder ob auf deren Geltendmachung in wirksamer Weise verzichtet wurde nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen.[3])

2) Zu den Vorschriften über das Verfahren gehören zunächst alle diejenigen Bestimmungen, welche sich lediglich auf die Form der von den Parteien oder deren Vertretern oder von nicht richterlichen Beamten (Gerichtsschreibern, Gerichtsvollziehern, Postboten) vorzunehmenden Handlungen bezw. auf die Art und Weise oder Ort und Zeit der Vornahme beziehen. Ob eine Klage in richtiger Form erhoben oder ob eine Zustellung in der im Gesetz vorgeschriebenen Weise vorgenommen wurde, ist eine Frage des Verfahrens. Es bleibt soweit der Verzicht auf die Beobachtung der Partei nicht entzogen ist, was im Zweifel nicht angenommen werden darf, dieser überlassen ob sie sich mit einer der Form nach mangelhaften Klage oder Zustellung u. s. w. begnügen und auf das weitere Verfahren einlassen will oder nicht. (V. Bem. zu §§ 165 ff.) Auch die Vorschriften, durch welche bestimmt wird, welchen Inhalt ein bestimmtes Aktenstück (Ladung, Zustellungsurkunde u. s. w.) enthalten muss, beziehen sich auf das Verfahren insofern sie lediglich die formellen Erfordernisse dieser Urkunden

[1]) Die Vorschrift des § ist dem § 340 des n. Entw. entnommen, dem sie fast wörtlich entspricht. Dieser § hat seine Quelle in § 292 des pr. Entw. Die Vorarbeiten zum pr. und n. E. sind desshalb für die Auslegung des § 267 von Bedeutung.

[2]) V. hiezu Bülow „Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", Archiv für civilist. Praxis Bd. 64 S. 1 ff. bes. S. 39 ff. u. 93 ff.

[3]) V. auch Erythropel in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 114.

regeln und die Vorbereitung der gerichtlichen Entscheidung zum Gegenstand haben. Es kann aber die Unterlassung einer Rüge nicht zur Folge haben, dass nun auch der Inhalt des betr. Schriftstücks als genehmigt gilt sondern bleibt dem Gegner dessenungeachtet das Recht vorbehalten, die Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen (der Geschichtserzählung u. s. w.) zu bestreiten. Dass auch solche Vorschriften, welche sich auf richterliche Handlungen beziehen, unter die Vorschrift des § fallen können, geht schon aus der allgemeinen Fassung des Abs. 1 („insbesondere") hervor, wird aber namentlich durch die Entstehungsgeschichte des § klar, welcher nichts anderes sagen soll als § 292 des pr. Entw. und § 340 nordd. Entw., mit welchem derselbe wörtlich übereinstimmt. [1]) Alle Handlungen des Gerichts, welche nicht eine Entscheidung enthalten sondern bloss den Zweck haben, den Fortgang des Prozesses zu bewirken oder zu fördern und dadurch eine endgültige oder vorbereitende Entscheidung oder deren Vollzug herbeizuführen haben hienach ebenfalls nur das Verfahren zum Gegenstand und auf die Beobachtung der dieselben betreffenden Vorschriften kann soweit nicht besondere Vorschriften bestehen von den Parteien verzichtet werden. Insbesondere gehören hierher die Vorschriften über die Beweisaufnahme und das Vollstreckungsverfahren. Wurde statt durch bedingtes Endurtheil durch Beweisbeschluss auf Eid erkannt so kommt hinsichtlich der Rüge dieses Verstosses § 267 zur Anwendung. [2]) Dasselbe ist der Fall, wenn das Gericht der Vorschrift des § 369 Abs. 2 C.-P.-O. zuwiderhandelte. [3])

III. Ausdrücklicher und stillschweigender Verzicht.

Wenn eine Partei bevor eine bestimmte Prozesshandlung vorgenommen wurde die Beobachtung gewisser gesetzlicher Vorschriften erlassen hat so kann sie falls dieser Verzicht nicht (nach Abs. 2) als unwirksam erscheint die Verletzung des Gesetzes nicht mehr rügen. Dasselbe muss aber gelten wenn sie nachträglich auf die Geltendmachung dieser Rüge ausdrücklich verzichtete. In beiden Fällen hat der Gegner den Verzicht nachzuweisen und kann sich hierbei aller überhaupt zulässigen Beweismittel insbesondere auch der Eideszuschiebung bedienen. Der von dem gesetzlichen Vertreter, oder dem Prozessbevollmächtigten einer Partei ausgegangene Verzicht bindet diese ebenso als ob er von ihr selbst

[1]) In den Motiven zum preuss. Entw. (S. 61) wurde ausdrücklich bemerkt, dass unter „Prozesshandlungen" nicht bloss solche Handlungen verstanden würden, welche von nicht richterlichen Personen auf Betreiben einer Partei vorgenommen werden sondern auch „solche Handlungen, welche von dem Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne Akte der Rechtsprechung zu sein (gerichtliche Prozesshandlungen), z. B. Beweiserhebungen." Die nordd. Prozesskommission ändert zwar die Fassung des §, schloss sich aber der soeben mitgetheilten Auffassung der Verfasser des pr. Entw. an. Insbesondere war man bei der zweiten Lesung darüber einig: „dass die Möglichkeit des Verzichts sich nicht auf mangelhafte Handlungen der Parteien beschränke, sondern auch für andere im Prozess vorkommende Fehler gelte. (n. Pr. Bd. I S. 316 ff. und Bd. IV. S. 1577 und 1578.)

[2]) V. R.-G. 30. Nov. 1880, Entscheid. Bd. III S. 355 ff.

[3]) R.-G. 2. Juni 1880, Annalen Bd. II S. 276 ff.

ausgegangen wäre. (Bem. II. zu § 50 und Bem. II 1 zu § 77.) Erscheint die Partei oder ein Vertreter derselben in einer mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des anfechtbaren Verfahrens stattfindet oder in welcher auf dieses Verfahren bezw. auf die zu bemängelnde Prozesshandlung Bezug genommen wurde und unterlässt sie es, den betr. Mangel zu rügen so ist nach der Vorschrift des Gesetzes ein stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung der Rüge anzunehmen, der ebenso wie der ausdrückliche wirkt. Ob die Rüge vor oder nach der Verhandlung zur Hauptsache erfolgt, ist hier einerlei. (Bem. I 2 zu §§ 247 ff.) Der Verlust des Rügerechts tritt allerdings nur ein wenn der Partei bezw. deren Vertreter der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Letzteres ist aber immer anzunehmen wenn der Mangel aus den Prozessakten zu erkennen war oder in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben wurde. Unentschuldbarer Irrthum steht hier der Kenntniss gleich. Der Beweis, dass die Partei nicht die Absicht hatte, auf die Rüge zu verzichten ist unzulässig da die Annahme des Verzichts durch das Gesetz selbst (als Rechtsfolge) an die Unterlassung der Rüge geknüpft ist und nicht etwa eine blosse Vermuthung vorliegt, welche durch Gegenbeweis entkräftet werden kann.

IV. Unwirksamkeit des Verzichts. (Abs. 2.)

1) Zu den Vorschriften, die nicht bloss dispositiver Natur sind, auf deren Befolgung die Parteien sonach nicht in wirksamer Weise verzichten können gehören alle Bestimmungen, welche nicht im Interesse einer einzelnen Partei erlassen wurden sondern im öffentlichen Interesse ihren Grund haben. Zu den Vorschriften der letzteren Art sind aber nicht bloss solche zu rechnen, bei denen ausdrücklich gesagt ist, dass es auf den Willen der Parteien nicht ankomme, dass das Gericht das Vorhandensein gewisser Erfordernisse von Amtswegen zu prüfen habe u. s. w. sondern auch die wesentlichen Prozessvorschriften, welche der öffentlichen Ordnung angehören wie die Restimmungen über die Zusammensetzung des Gerichts, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, die Grundsätze der Beweisverbindung und freien Beweiswürdigung und dergl. mehr. Die Vorschriften, welche sich auf den Verkehr unter den Parteien insbesondeer auf die Zustellungen beziehen, sind im Allgemeinen lediglich im Interesse der Parteien erlassen. Es können diese desshalb auf deren Befolgung verzichten.

2) Nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes sind der Verfügung der Parteien entzogen: Die Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte, soweit eine Vereinbarung ausgeschlossen ist (§ 40), die Vorschriften über die Prozessfähigkeit u. s. w. (§ 54), über den Nachweis der Prozessvollmacht im Parteiprozesse (§ 84) und über die Statthaftigkeit sowie die Form und Frist des Einspruchs, der Berufung, der Revision und der Beschwerde (§§ 306, 497, 529 und 537). Ob die Schriftsätze, durch welche diese Rechtsmittel eingelegt werden, in gehöriger Weise zugestellt insbesondere ob die Vorschriften über die Ersatzzustellung (§§ 166 ff.) beobachtet wurden, hat das Gericht dagegen nicht von Amtswegen zu prüfen. Unter der Form, in welcher der Einspruch bezw. die Berufung u. s. w. eingelegt wurde, ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die Form des Schriftsatzes, durch welchen die Einlegung erfolgt, zu ver-

stehen, nicht die Art und Weise, in welcher die Zustellung bewirkt wurde oder die Form der Zustellungsurkunde. Das Gericht hat also von Amtswegen nur zu prüfen ob den Vorschriften der §§ 305, 479, 515 u. s. w. genügt worden ist. Dass die Partei darauf verzichten kann, dass ihr ein Schriftstück in einer bestimmten Form zugestellt werde, liegt zudem in der Natur der Sache. Die Vorschriften über die Zustellung betreffen nur die Interessen der Partei, nicht das öffentliche Interesse. Es ist nicht abzusehen, warum die Partei nicht soll darauf verzichten können, dass an den Prozessbevollmächtigten zugestellt werde und warum wenn dieser selbst die Zustellung genehmigt das Gericht berechtigt sein soll, dieselbe von Amtswegen für unwirksam zu erklären. Auch wurde in den (oben mitgetheilten) Motiven ausdrücklich hervorgehoben, die Parteien könnten auf die Beobachtung aller die Ladung und Zustellungen betr. Vorschriften wirksam verzichten. Bei Aufstellung des n. E. wurde bezüglich des Abs. 2 in noch schärferer Weise gesagt: „dass Prozedurakte eines Gerichtsvollziehers hier nicht in Betracht kommen können, auf Befolgung der für dieselben geltenden formellen Vorschriften vielmehr stets verzichtet werden kann, wurde nirgends bezweifelt.“ (n. Pr. Bd. I. S. 318).[1])

§ 268.

Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.

(E. § 258. M. 478. K. 92.)

1) Während die C.-P.-O. einen obligatorischen Sühnetermin wie ihn der Code de procédure civile (in Art. 48) vorschreibt nur in Ehesachen kennt (§§ 570—573) ist es in das Ermessen des Prozessgerichts gestellt, bei jeder ihm geeignet erscheinenden Gelegenheit die gütliche Beilegung des Rechtsstreits zu versuchen oder die Parteien zu diesem Behufe vor einen beauftragten oder ersuchten Richter zu verweisen. Dieser kann übrigens auch ohne dass die Parteien an ihn zum Zweck des Sühneversuchs verwiesen wurden, Vergleichsverhandlungen vornehmen. (M. 478.) Nur findet dann Abs. 2 des § keine Anwendung.

2) Zum Zweck des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. Zu dieser Anordnung ist auch der beauftragte oder ersuchte Richter, dem die Vornahme des Sühneversuchs übertragen wurde,

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 249; von Sarwey I S. 412; Hellmann I S. 487 ff.; O.-L.-G. Stuttgart 18. Dez. 1880, württ. Gerichtsblatt Bd. 19 S. 252, d. Juristenzeitung VI S. 269. A. M. sind Seuffert, S. 163 ff.; Puchelt II S. 77; Wilmowski-Levy II Aufl. S. 351; Gaupp II S. 443 ff.; L.-G. Chemnitz 7. April 1880, Wenglers Archiv 1880 (N. F. Bd. I) S. 662, d. Juristenzeitung V S. 43.

befugt ohne dass hiezu eine besondere Ermächtigung des Prozessgerichts erforderlich ist. Abs. 2 ist ganz allgemein gefasst. Es ist desshalb anzunehmen, dass derjenige Richter, der den Sühneversuch vorzunehmen hat, auch das persönliche Erscheinen anordnen kann. Auch spricht der Grund des Gesetzes für diese Auffassung da ohne das Erscheinen der Parteien ein Vergleich in der Regel nicht mit Erfolg versucht werden kann.[1] Wenn eine Partei nicht erscheint, trifft sie keinerlei Rechtsnachtheil und hat sie insbesondere nicht die Kosten zu tragen, welche durch den erfolglos gebliebenen Vergleichsversuch entstanden sind.[2] Erscheint die Partei so hat sie falls sie einen Prozessbevollmächtigten aufgestellt hat, Anspruch auf dessen Beistand. Derselbe kann nicht ausgeschlossen werden.[3]

3) Kommt ein Vergleich zu Stand, welcher den geltend gemachten Anspruch ganz oder theilweise erledigt, so ist derselbe durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen. (§ 146 Nr. 1.) Aus demselben findet die Zwangsvollstreckung statt (§§ 702 Nr. 1, 703). Bezüglich der Kosten v. § 93. (M. a. a. O.)

§ 269.

Die Anträge müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden.

Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgetheilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muss die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen.

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge.

§ 270.

Soweit es sich nicht um Anträge (§ 269) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweich-

[1]) V. auch von Sarwey I S. 413; Endemann II S. 90; Hellmann II S. 112; Gaupp II S. 116. A. M. sind Seuffert S. 325; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 250; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 352.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 250; Wilmowski-Levy II. Aufl. S 352; Gaupp II S. 116; Kleiner II S. 136. A. M. ist von Sarwey I S. 413.

[3]) V. auch von Sarwey I S. 413; Wilmowski-Levy II Aufl. S. 352.

ungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, festzustellen.

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide festzustellen.

(E. § 259 u. 260. M. —. K. 92—94.)

1) Unter den Anträgen, von denen § 269 spricht sind nur die Sach- oder Urtheilsbitten (petita) zu verstehen. Die Begründung ist nicht vorzulesen. Die Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf diejenigen Anträge, welche die Sache selbst betreffen, nicht auf Anträge von lediglich prozessualischer Bedeutung z. B. Vertagungsanträge, Anträge auf Erlass eines Versäumnissurtheils, auf Feststellung von Erklärungen.[1]) Das Niederschreiben dieser Anträge und deren Verlesung ist unbedingt geboten. Mündlich gestellte Anträge können nicht berücksichtigt werden. Das Gericht kann auf die Verlesung aufmerksam machen aber die Feststellung zu Protokoll nicht anordnen. Vielmehr ist ein Schriftsatz erforderlich, der nicht durch Aufnahme in den Thatbestand ersetzt werden kann. Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten findet § 269 keine Anwendung. (§ 469.)

2) Wesentliche Erklärungen der Parteien, welche in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind oder von den dort abgegebenen Erklärungen erheblich abweichen sowie Geständnisse (§ 261) und Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide (§ 471) müssen wenn es von einer Partei beantragt wird zu Protokoll festgestellt werden. Bezüglich der Geständnisse und der Erklärungen über den Eid hat die Feststellung auf Antrag auch dann zu erfolgen wenn dieselben bereits in einem vorbereitenden Schriftsatz enthalten sind. Von Amtswegen ist die hier vorgeschriebene Feststellung nicht zu bewirken während Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche nach § 146 von Amtswegen festzustellen sind. Ein Antrag, nach welchem auch neue Erklärungen der Parteien und wesentliche Abweichungen von den vorbereitenden Schriftsätzen von Amtswegen festgestellt werden sollten, wurde von der J.-K. (S. 92—94) abgelehnt. Die in § 270 aufgezählten Erklärungen sind übrigens nicht in das Sitzungsprotokoll selbst aufzunehmen sondern durch besondere Schriftsätze, welche dem Protokoll beigefügt werden, festzustellen. Der vorgeschriebene Schriftsatz kann nicht durch die Protokollirung des Gerichtsschreibers ersetzt werden.[2]) Fertigt die Partei, von welcher die Erklärung u. s. w. ausgegangen ist, den Schriftsatz

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 250; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 352, 353; Kleiner II S. 137; Gaupp II S. 117.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 252; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 354; Endemann II S. 93, 94; Kleiner II S. 141; Gaupp II S. 120. A. M. ist von Sarwey I S. 415.

nicht an so ist der Gegner hiezu berechtigt. Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten findet auch § 270 keine Anwendung. (§ 770.) Für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen enthält § 315 besondere Vorschriften.

§ 271.

Die Parteien können von den Prozessakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen.

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Die Entwürfe zu Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung desselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt, noch abschriftlich mitgetheilt.

(E. § 261. M. 478. K. 94 und 543.)

Die Parteien, zu denen auch die Nebenintervenienten gehören, haben auf die Einsicht der Gerichtsakten, zu welchen aber die in Abs. 3 aufgezählten Schriftstücke nicht zu rechnen sind, ein Recht und können sich zu diesem Zweck unmittelbar an den Gerichtsschreiber wenden, der ihnen auf Verlangen auch Ausfertigungen u. s. w. zu ertheilen hat. Zu den Prozessakten gehören auch die Mahnregister,[1]) nicht aber die Akten, welche durch die Information eines Armenrechtsgesuchs entstanden sind.[2]) Was die Ausfertigungen anbelangt, so hat die Partei nicht das Recht, dieselben in unbegrenzter Zahl zu verlangen. Vielmehr brauchen ihr nur soviel Ausfertigungen ausgehändigt zu werden, als sie nothwendig hat. (Bem. 1 und 2 zu § 156.)[3]) Dritten Personen steht ein solches Recht nicht zu. Vielmehr kann diesen lediglich vom Gerichtsvorstand die Akteneinsicht gestattet werden wenn die Parteien hiermit einverstanden sind oder ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird. (§ 266.) Zu diesen dritten Personen gehören auch diejenigen, denen der Streit verkündet wurde (§§ 69 und 73) so lange sie noch nicht in den Prozess eingetreten sind. Unter dem Gerichtsvorstand ist der mit der Dienstaufsicht betraute Amtsrichter oder der Präsident des L.-G. u. s. w. (nicht der Vorsitzende der Kammer) zu verstehen. In dem Recht auf Einsicht der Akten ist die Befugniss enthalten, sich Notizen oder

[1]) V. L.-G. Hall 13. April 1881, würt. Gerichtsblatt Bd. 19 S. 174.

[2]) V. O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1880 Rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II S. 90.

[3]) V. auch O.-L.-G. Kiel 27. März 1880, d. Juristenzeitung Bd. IV. S. 469.

Auszüge aus denselben zu machen. Den dritten Personen, welchen die Einsicht der Akten gestattet wurde, ist damit nicht das Recht eingeräumt, sich vom Gerichtsschreiber Ausfertigungen u. s. w. ertheilen zu lassen.[1]) Wird das Gesuch um Gestattung der Akteneinsicht zurückgewiesen so ist Beschwerde zulässig. (§ 530.) Die Einsicht der Akten hat auf dem Gerichte zu geschehen. Jedenfalls haben die Parteien bezw. Rechtsanwälte kein Recht darauf, dass ihnen die Akten in ihre Wohnung gegeben werden. Der Antrag: „Mit Genehmigung des Vorsitzenden können die dem Gerichte vorliegenden Akten den Anwälten in ihre Wohnungen verabfolgt werden," wurde von der J.-K. abgelehnt nachdem bemerkt worden war, es liege ein Bedürfniss hiezu nicht vor und es dürfe die Aushändigung wichtiger Urkunden nicht lediglich in das Ermessen des Vorsitzenden gestellt werden. (K. 543.) Wird durch die Justizverwaltung oder durch die Gerichte die Ausfolgung der Akten in die Wohnung gestattet, wie es in Württemberg und bei dem R.-G. der Fall ist, so muss sich übrigens das Sekretariat dem fügen.[2]) Auf die Parteiakten (§ 134) bezieht sich die Vorschrift des § nicht. Von den Handakten der Rechtsanwälte handelt die R.-A.-O. in § 32.

Zweiter Titel.

Urtheil.

(§§ 272—294.)

Vorbemerkungen.

Die „Urtheile" im engeren Sinne des Wortes stehen im Gegensatz zu den „Beschlüssen" und „Verfügungen". Die einen wie die anderen fallen unter den weiteren Begriff der „Entscheidungen". Unter „Beschlüssen" versteht die C.-P.-O. in der Regel die prozessleitenden Anordnungen des Gerichts, welche häufig auch schlechtweg als „Anordnungen" bezeichnet werden. (V. z. B. die §§ 118, 127, 132—143, 160, 187, 203, 257, 271, 290, 291, 294, 301, 304, 313, 314, 323, 329, 782, 799, 804, 816, 817.) Ausnahmsweise wird der Ausdruck aber auch auf Entscheidungen angewandt, welche keinen prozessleitenden Charakter haben. (V. §§ 78, 99, 345, 355, 374, 593, 603, 814—820.) Als Verfügungen werden die Anordnungen des Vorsitzenden sowie die eines beauftragten oder ersuchten Richters bezeichnet. Als Urtheil ist sonach nicht (wie nach französischem Recht) jede auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassene Entscheidung anzusehen.

[1]) V. auch Seuffert S. 328; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 356; Endemann II S. 96; Hellmann II S. 116; Gaupp II S. 122. A. M. sind Puchelt II S. 83; Struckmann und Koch III. Aufl. S. 253.

[2]) Die Unstatthaftigkeit der Aushändigung behaupten: Struckmann-Koch a. a. O.; Seuffert S. 328; Endemann II S. 96; Kleiner II S. 142; Gaupp II S. 123. A. M. sind von Sarwey I S. 416 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 356. V. auch L.-G. Hall 26. Nov. 1879 (württemb. Gerichtsblatt Bd. 16 S. 408 und d. Juristenzeitung IV S. 129); ferner Präsidium des R.-G. 5. Febr. 1880, d. Juristenzeitung IV S. 151.

Es wird vielmehr noch vorausgesetzt, dass die Entscheidung nicht einen bloss prozessleitenden Charakter hat. Die Urtheile sind entweder „Endurtheile" (§ 272) oder „Zwischenurtheile". (§ 275.) Zu den ersteren gehören auch die Theilurtheile (§§ 273, 274, 278); die Endurtheile wie die Zwischenurtheile können die Entscheidung von einer Eidesleistung abhängig machen und heissen dann „bedingte Urtheile". (§§ 425, 426, 439.)

Die §§ 272—278 handeln von den verschiedenen Arten der Urtheile mit Ausschluss des Versäumnissurtheils, das in Titel III geregelt wird. Der § 279 bezieht sich auf den Umfang des Urtheils, die §§ 280—283 auf die zur Fällung des Urtheils berufenen Richter und auf die Verkündung. In den §§ 284—286 wird vom Inhalt des Urtheils, in den §§ 290—292 von der Berichtigung und Ergänzung desselben, in § 293 von der Rechtskraft, in § 294 von den Beschlüssen und Verfügungen gehandelt.

§ 272.

Ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Entscheidung reif ist.

§ 273.

Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Entscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Theilurtheils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach der Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

§ 274.

Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlung durch Theilurtheil erfolgen.

(E. §§ 262—264. M. 478, 479. K. S. 95 ff. und 543.)

I. Endurtheil. (§ 272.)

Unter Endurtheilen sind diejenigen Urtheile zu verstehen, welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder theilweise in unbedingter oder — durch Eid — bedingter Weise endlich entscheiden. (M. 478.) Unter der Hauptsache wird jedoch nicht der Grund der Sache sondern der den Gegenstand der Klage bildende Anspruch (Bem. II. 1. zu 136 ff.) verstanden. Auch wenn die Klage zufolge einer prozesshindernden Einrede angebrachter Massen abgewiesen wird liegt ein Endurtheil vor. Sind die zur Begründung der Klage oder der vorgebrachten Einreden erforderlichen Thatsachen erwiesen oder eines Beweises nicht bedürftig oder hat es sich herausgestellt, dass solche Thatsachen wie sie zur Begründung erforderlich wären nicht vorliegen oder nicht erwiesen werden können so ist ein unbedingtes Endurtheil zu erlassen und über die erhobenen Ansprüche endgültig zu entscheiden. Ist von mehreren Prozessen, die mit einander verbunden worden sind (§ 138) nur einer zur Endentscheidung reif so darf diese nicht desshalb verschoben werden weil die anderen Prozesse noch nicht so weit gediehen sind. Ebenso ist wenn von mehreren selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln eines die endgültige Entscheidung ermöglicht diese nicht auszusetzen weil über andere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche die Entscheidung noch aus einem anderen Gsichtspunkt rechtfertigen könnten, noch nicht entschieden werden kann. Ist bezüglich aller von den Parteien vorgebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel das nöthige Material zur Entscheidung gegeben so hängt es vom Ermessen des Richters ab ob im Urtheil das gesammte Streitmaterial oder nur ein für die Endentscheidung durchgreifender Theil zu prüfen ist. (M. 480, Bem. 2 zu § 279.) Wenn der Rechtsstreit bezw. einer der verbundenen Prozesse zur Entscheidung reif ist muss diese dagegen erfolgen. Wird das erlassene Urtheil durch Berufung angefochten so hat das höhere Gericht auch über die in der ersten Instanz nicht berücksichtigten Angriffs- und Vertheidigungsmittel zu entscheiden. (§ 499.) Ist eine Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche auf Grund der festgestellten Thatsachen nicht möglich, soll aber die Wahrheit oder Unwahrheit von sachentscheidenden Thatsachen von einer Eidesleistung abhängig gemacht werden so ist in der Regel ein bedingtes Endurtheil zu erlassen. (§§ 425 und 439.) Jedoch kann ein solches nur dann ergehen wenn im Falle der Leistung wie in dem der Verweigerung des Eides endgültig über den Anspruch zu entscheiden nicht wenn in einem dieser Fälle noch weiter zu verhandeln ist. Für diesen Fall kann nur ein Zwischenurtheil ergehen.[1]) In bestimmten Fällen kann die Eidesleistung auch durch Beweisbeschluss angeordnet werden. (§ 426.)

II. Theilurtheil. (§§ 273, 274.)

1) Ist von mehreren durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüchen nur ein Theil zur Entscheidung reif oder kann bezüglich eines einzelnen Anspruches nur theilweise endgültig entschieden werden während bezüglich

[1]) V.-O.-L.-G. Jena 29. Mai 1880, Bl. für Rechtspflege in Thüringen Bd. VIII S. 65, d. Juristenzeitung Bd. VI S. 204.

des anderen noch ein Beweisverfahren erforderlich ist so soll das Gericht in der Regel eine Entscheidung erlassen soweit dies nach der Sachlage möglich ist. Es darf dasselbe aber auch die Entscheidung verschieben bis über alle Ansprüche vollständig entschieden werden kann. Insofern besteht also ein Unterschied zwischen dem Fall, in welchem wegen mehrerer Ansprüche verschiedene Prozesse eingeleitet, dieselben aber dann durch das Gericht verbunden worden sind und demjenigen, in welchem wegen der verschiedenen Ansprüche eine einzige Klage oder Klage und Widerklage erhoben wurde. Die Urtheile, in welchen nur über einzelne Ansprüche oder über einen Theil eines Anspruches entschieden wird, heissen Theilurtheile. Sie sind Endurtheile, in welchen über einen Theil des Streitgegenstandes, der vor anderen Theilen spruchreif geworden ist, entschieden wird und gewähren neben der Vereinfachung des noch zu verhandelnden Prozessstoffs den Vortheil, dass der zur Entscheidung reife Theil des Streitgegenstands im Interesse der obsiegenden Partei einer baldigen Erledigung zugeführt und die Zwangsvollstreckung hinsichtlich desselben ermöglicht wird. (M. 478.) Ein Antrag, durch welchen das Gericht die Befugniss erhalten sollte, im Theilurtheil auszusprechen, dass Rechtsmittel gegen dasselbe erst nach Erlass des zu den übrigen Punkten zu erlassenden Endurtheils statthaft seien, wurde in der J.-K. (95—97, 432) abgelehnt. Wird gemäss § 273 ein Theilurtheil erlassen so kann das Gericht zugleich über die Kosten, die durch den erledigten Anspruch veranlasst wurden, entscheiden. Es kann aber auch die Entscheidung über den Kostenpunkt vorbehalten bis zu demjenigen Endurtheil, durch das der ganze Prozess erledigt wird. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist nicht erforderlich.[1])

2) Die Vorschrift des § 274 enthält lediglich eine Ergänzung des § 136. Es wird dadurch das Gericht ermächtigt, falls von der durch § 136 Abs. 2 eingeräumten Befugniss im Lauf des Prozesses kein Gebrauch gemacht wurde die Trennung der Verhandlung dadurch zu bewirken, dass es über die Hauptforderung ohne Rücksicht auf die nicht in rechtlichem Zusammenhang stehende Gegenforderung entscheidet. Dieses Verfahren hat genau dieselben Wirkungen wie die auf Grund des § 136 angeordnete Trennung. Wegen der Gegenforderung ist da dieselbe bloss durch Einrede geltend gemacht wurde ein Prozess nicht anhängig. Vielmehr muss wegen derselben wenn sie geltend gemacht werden soll Klage erhoben werden. (V. Bem. 3 zu § 136.) Ergibt sich im späteren Verfahren, dass die Gegenforderung begründet ist im Falle gleichzeitiger Verhandlung also die Hauptforderung nicht, wie es geschehen ist, hätte zugesprochen werden dürfen so bleibt das Theilurtheil dennoch in Kraft und kann nur durch die gewöhnlichen, gegen ein Endurtheil zulässigen, Rechtsmittel angefochten werden. Es kann jedoch der Kompensationsanspruch noch in der Vollstreckungsinstanz auf dem in § 686 vorgesehenen Wege geltend gemacht werden. Die Ansicht, dass ungeachtet der Entscheidung über die Hauptklage hinsichtlich der Gegenforderung ein Prozess bezüglich der Gegenforderung an-

[1]) So auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 361; Kleiner II S. 148; Gaupp II S. 130; Schepers bei Rassow und Küntzel Bd. 24 S. 759. V. dagegen Struckmann und Koch III. Aufl. S. 257.

hängig bleibe, steht nicht bloss mit dem allgemeinen Satz in Widerspruch, dass durch die Geltendmachung einer Einrede keine Rechtshängigkeit begründet wird sondern sie ist auch praktisch gar nicht durchzuführen ohne dass man mit allgemeinen Rechtssätzen in Widerspruch geräth. Dass ein Prozess über eine Einrede, also über den Antrag auf Abweisung der Klage fortgeführt werden soll obgleich über diese bereits entschieden ist und die Entscheidung vielleicht schon Rechtskraft erlangt hat, ist widersinnig. Auch kann man zu einem praktischen Ergebniss bei dieser Auffassung nur gelangen wenn man im Widerspruch mit der Vorschrift des Gesetzes annimmt, das gemäss § 274 ergehende Urtheil habe nur die Kraft einer vorläufigen Entscheidung und könne unter entsprechender Anwendung des § 563 wieder aufgehoben werden.[1]) Aber auch die Ansicht, nach welcher zwar das Theilurtheil in Kraft bleibt, jedoch der Kläger in dem Prozess bezüglich der Gegenforderung zu einer Zahlung oder sonstigen Leistung zu verurtheilen ist,[2]) erscheint als unhaltbar denn auf Grund einer Einrede kann nie eine Verurtheilung des Gegners erfolgen. Will man aber wie es einige Schriftsteller thun[3]) annehmen, dass der Prozess bezüglich der Gegenforderung zwar anhängig bleibe, die Kompensationseinrede jedoch unter allen Umständen verworfen werden müsse so kommt man zu einem Formalismus, für den weder theoretische noch praktische Gründe sprechen.[4])

§ 275.

Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen.

(E. § 265. M. 478, 479. K. 97.)

1) Kann zwar noch nicht über einen geltend gemachten Anspruch oder einen Theil desselben wohl aber über ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (Bem. zu § 3) oder über einen Zwischenstreit entschieden werden, so ist zwar ein (bedingtes oder unbedingtes) Endurtheil nicht möglich (Bem. I zu §§ 272 ff.); es kann aber ein Zwischenurtheil erlassen werden. Das Zwischenurtheil entscheidet endgültig nicht über einen Anspruch sondern bereitet nur das Endurtheil vor; es ist ein vorweggenommener Bestandtheil der Entscheidung. (M. 479.)

2) Die Zwischenurtheile können im Allgemeinen nicht durch Berufung angegriffen werden (§ 472), unterliegen aber wenn gegen das Endurtheil

[1]) So Gaupp I S. 387, II S. 132, 133. V. dagegen Struckmann-Koch III. Aufl. S. 126 und 258; Seuffert S. 332; von Sarwey I S. 421; Hellmann II S. 124, 125; Kleiner II S. 150, 151; ferner die Abhandlung des Verf. in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 293 ff. insbesondere S. 309 ff.

[2]) So Seuffert, Hellmann, Kleiner a. a. O.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 126 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 175.

[4]) V. hiezu die Abhandl. des Verf. in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 93 ff., und Bd. IV S. 307.

Berufung eingelegt wird, der Beurtheilung des Berufungsgerichts (§ 273). Nur ausnahmsweise können auch Zwischenurtheile sofort angefochten werden. (§§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, 562 Abs. 3). Das Zwischenurtheil, das wie das Endurtheil ein unbedingtes oder ein durch Eid bedingtes Urtheil sein kann (M. 478), ist übrigens wenn es auch nicht über einen bestimmten Anspruch entscheidet doch nicht mit der prozessleitenden Verfügung zu verwechseln. Es ist wenn es auch nur mit dem Endurtheil zugleich angefochten werden kann also keine Rechtskraft erlangt, doch ein Urtheil und als solches für das Gericht bindend. (§ 289.) Es enthält immer eine bestimmte Entscheidung und diese ist im verfügenden Theil des Urtheils zu treffen. Es gibt sogar Zwischenurtheile, welche vorläufig über einen Anspruch entscheiden und nicht bloss hinsichtlich der Rechtsmittel sondern auch bezüglich der Zwangsvollstreckung den Endurtheilen gleichgestellt sind. (§§ 502 und 562.) Wenn zur Hauptsache ein Versäumnissurtheil ergeht, so wird dadurch das Zwischenurtheil beseitigt. Doch lebt es im Falle des Einspruchs wieder auf. Auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, muss ein Zwischenurtheil nicht erlassen werden. Vielmehr kann die Entscheidung auch im Endurtheil erfolgen. Ob ein Zwischenurtheil am Platze ist, soll das Gericht nach freiem Ermessen entscheiden. Desshalb wurde die Erlassung nicht wie es in § 273 Abs. 1 bezüglich der Theilurtheile geschah als Regel vorgeschrieben. (M. 478.)

3) Ein Zwischenstreit liegt bei allen Streitigkeiten zwischen einer Partei und einem Dritten vor. Die Zwischenurtheile, welche sich auf solche Streitpunkte beziehen und einen Streitpunkt endgültig entscheiden, sind jedoch durch besondere Vorschriften (§§ 68, 97, 126, 352, 367) geregelt. Derjenige Zwischenstreit, dessen Erledigung durch Zwischenurtheil in Gemässheit des § erfolgen kann, bewegt sich unter den Parteien selbst. Inwieweit unter diesen einzelne Verhandlungen als Zwischenstreit anzuerkennen sind, wurde durch das Gesetz nicht in allgemeiner Weise bestimmt. Nur in einzelnen Fällen werden bestimmte Streitigkeiten als Zwischenstreite bezeichnet. (§§ 217, 312, 331, 430.) In den Motiven (S. 478, 479) wurde bemerkt, dass die Verhandlungen über die Herausgabe von Urkunden meist den Charakter eines Zwischenstreits an sich tragen würden und die Verhandlungen über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden sich ebenso wie das Verfahren, welches die Erklärung über die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden zum Gegenstand habe, zu einem Zwischenstreite gestalten könnten. Ein Zwischenstreit liegt jedenfalls dann nicht vor wenn sich der Streit um die Hauptsache selbst d. h. um die erhobenen Ansprüche oder um die zur Begründung oder Bekämpfung derselben geltend gemachten selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel dreht vielmehr nur dann wenn es sich um einen besonderen im Lauf des Prozesses aufgetauchten Streitpunkt handelt, der die Hauptsache selbst nicht unmittelbar betrifft, dessen Entscheidung aber nothwendig ist wenn über die Hauptsache entschieden werden soll. [1]) Damit ein

[1]) V. hiezu Fitting, Lehrbuch § 38 S. 122 ff.; Schollmeyer, der Zwischenstreit unter den Parteien S. 64 ff.

Zwischenstreit vorliegt, wird aber weiter vorausgesetzt, dass der Streitpunkt, um den es sich handelt, einen Theil des in Frage stehenden Prozesses bildet gleichviel ob derselbe vom Prozessgerichte oder von einem beauftragten oder ersuchten Richter zu entscheiden ist [1]) und ausserdem, dass es sich um einen prozessualischen Streitpunkt d. h. um einen solchen handelt, der sich auf das Verfahren bezieht. [2]) Mit Rücksicht auf das erste Erforderniss ist ein Zwischenstreit nicht anzunehmen bei dem Streit über den Antrag auf Sicherung des Beweises (§§ 417 ff.) bei Streitigkeiten in der Vollstreckungsinstanz und bei dem Streit über die Anlegung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung. Hinsichtlich des zweiten Erfordernisses ist es nicht nothwendig, dass es sich gerade um einen das Beweisverfahren betreffenden Streitpunkt handelt. Auch sind solche Streitpunkte geeignet, einen Zwischenstreit hervorzurufen, bei denen das Gericht von Amtswegen vorzugehen hat. Ferner kann ein Zwischenstreit sich um eine prozesshindernde Einrede drehen. Immer wird aber vorausgesetzt, dass die Entscheidung des Streits durch Zwischenurtheil erfolgen kann. [3]) Unmittelbar praktisches Interesse hat die Gestaltung einer Streitigkeit unter den Parteien als Zwischenstreit für die Anordnung einer Eidesleistung durch Beweisbeschluss (§ 426 Abs. 1) und für das Versäumnissverfahren insoweit als ein Versäumnisszwischenurtheil (§ 312 Abs. 2) erlassen werden kann.

§ 276.

Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorabentscheiden.

Das Urtheil ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch, wenn der Anspruch für begründet erklärt ist, auf Antrag anordnen, dass über den Betrag zu verhandeln sei.

(E. § 266. M. 479. K. 97 u. 98.)

1) Bei Ansprüchen, welche sowohl ihrem Grund als ihrem Betrage nach streitig sind, muss naturgemäss zuerst festgestellt werden ob der Anspruch überhaupt begründet ist ehe über den Betrag, bezüglich dessen nur eventuell gestritten wird, entschieden werden kann. Hält das Gericht den Anspruch fär unbegründet so ist derselbe einfach abzuweisen und das Urtheil, in dem dies geschieht, ist ein gewöhnliches Endurtheil. Die Frage, welcher Betrag zuzusprechen wäre wenn sich der Anspruch als begründet herausgestellt hätte, kommt nicht weiter in Betracht. Die Vorschrift der pr. A.-G.-O. I. 13 § 40, welche den Richter verpflichtet, auch im Falle der Abweisung einer Forderung zugleich eventuell über deren Betrag zu erkennen, wird durch die C.-P.-O. beseitigt. (M. 479.) Dass

[1]) V. auch Schollmeyer a. a. O. S. 66 ff.

[2]) Schollmeyer a. a. O. S. 66 u. 72 ff.; Schepers in den Beitr. zur Erläut. des d. Rechts Bd. 24 S. 764.

[3]) V. hiezu Schollmeyer, der Zwischenstreit unter den Parteien insbes. S. 69, 70, 75, 78, 85 ff.

eine Verhandlung über den Betrag dann nicht erfolgen kann wenn der Anspruch seinem Grunde nach zurückgewiesen wird wurde auch in der J.-K. (98) anerkannt. Stellt sich der Anspruch von vornherein als begründet heraus ist aber das Gericht nicht in der Lage, den Betrag desselben sofort festzustellen so kann dasselbe ohne über den Grund des Anspruchs förmlich zu entscheiden einen Beweisbeschluss erlassen und dadurch das zur Endentscheidung erforderliche Material beschaffen; es kann aber nach Abs. 1 des § auch durch ein Zwischennrtheil lediglich über den Grund des Anspruchs entscheiden was nach den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. insbesondere nach § 275 nicht zulässig wäre. Diese Befugniss ist nicht auf solche Ansprüche beschränkt, welche den Ersatz eines Schadens oder die Leistung des Interesses bezwecken. § 276 findet vielmehr überall Anwendung wo ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig sein kann z. B. bei Gesellschafts- und Erbschaftsklagen. (M. 479.) Sie findet aber keine Anwendung wenn der Gegner ausbleibt. Dann muss vielmehr ein Versäumnissendurtheil ergehen.[1]) Durch das Zwischenurtheil wird das Gericht gebunden (§ 289) kann also wenn ein Beweisverfahren stattgefunden hat nicht mehr auf die durch das Zwischenurtheil erledigte Frage zurückkommen. Dagegen kann es wenn lediglich ein Beweisbeschluss erlassen wurde namentlich bei anderer Besetzung des Gerichts vorkommen, dass nachdem der Beweis bezüglich des Betrags erbracht worden ist die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Ob das Gericht von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch machen will, was hauptsächlich dann geschehen wird wenn weitläufige oder kostspielige Liquidationen oder Beweisaufnahmen zu erwarten sind, ist in sein Ermessen gestellt. (M. 479.) Von der im § eingeräumten Befugniss kann das Gericht übrigens nur dann Gebrauch machen wenn der Anspruch durch Klage oder Widerklage, nicht wenn derselbe lediglich durch Einrede geltend gemacht wurde.[2])

2) Das Urtheil, durch das zunächst nur über den Grund des Anspruchs entschieden die Entscheidung über den Betrag dagegen vorbehalten wird, könnte an sich als Zwischenurtheil nicht durch ein selbständiges Rechtsmittel angefochten werden (§§ 472, 473). Durch Abs. 2 des § wird aber ein solches Urtheil soweit es sich um die Rechtsmittel handelt den Endurtheilen gleichgestellt; es kann also sofort angefochten werden wird aber auch wenn die Einlegung der Rechtsmittel nicht rechtzeitig erfolgt ebenso wie ein Endurtheil rechtskräftig und kann nicht mehr mit dem den Betrag der Forderung festsetzenden Urtheile angegriffen werden.[3]) Allerdings ist das Urtheil nicht vollstreckbar und behält auch insofern die Natur eines Zwischenurtheils als die Klage immer noch durch Versäumnissurtheil abgewiesen werden kann wenn der Kläger in dem zur Verhandlung über den Betrag festgesetzten Termin nicht erscheint. (Bem. I. 3 zu §§ 295 ff.) Die eigentliche Verhandlung über den Grund der Sache ist ungeachtet des voraus-

[1]) V. auch von Sarwey I S. 424; Gaupp II S. 138; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 365. A. M. sind Endemann II S. 106; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 261.

[2]) V. auch Gaupp II S. 37. A. M. sind Endemann II. S. 105; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 365.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 260; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 365; Gaupp II S. 138. A. M. ist Puchelt II S. 90.

gegangenen Zwischenurtheils immer noch die Verhandlung über den Betrag des Anspruchs, auf welche hin das Endurtheil ergeht.[1]) Aber das Urtheil bindet wenn es nicht mehr angefochten werden kann obgleich es nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist (§ 293) nicht nur das Gericht, das es erlassen hat, sondern auch die höheren Gerichte sofern gegen die Entscheidung über den Betrag ein Rechtsmittel ergriffen wird. Macht das Gericht von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch so unterbleibt der Regel nach die Feststellung des Betrags des Anspruchs bis zu eingetretener Rechtskraft des Urtheils über den Grund desselben. Wie in dem in § 248 vorgesehenen Falle kann indessen jeder Theil die Fortsetzung der Verhandlung über den Betrag des Anspruchs verlangen und das Gericht wenn es dieselbe angemessen findet dem Antrage stattgeben. (M. 479.) Dieser Antrag ist bei der mündlichen Verhandlung zu stellen und über denselben nach stattgehabter Verhandlung zu entscheiden.[2]) Desshalb findet auch gegen die Ablehnung des Antrags nach § 530 keine Beschwerde statt.

§ 277.

Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

§ 278.

Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäss zu verurtheilen.

(E. §§ 267, 268. M. 479. K. 98, 99.)

1) Der Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch ist nicht mit der Zurücknahme der Klage (§ 243) zu verwechseln, welche den Anspruch selbst bestehen lässt. Ebenso sind Verzicht und Anerkenntniss wohl zu unterscheiden vom gerichtlichen Geständniss (§ 261), das sich lediglich auf die in Frage stehenden Thatsachen bezw. Rechtsverhältnisse bezieht und nicht nothwendig die Anerkennung des gegnerischen Anspruchs enthält. Die §§ 277 und 278 beruhen auf der Erwägung, dass die Erlangung eines der vollen Rechtskraft fähigen Urtheils (§ 648 Nr. 1) auch im Falle der Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs ein Recht des Gläubigers ist. Wie beim Anerkenntnisse der Verpflichtete auf Antrag zu verurtheilen so ist im Falle des Verzichts auf den geltend gemachten Anspruch der Berechtigte auf Antrag mit der Klage abzu-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 261; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 365. Gaupp II S. 138. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 30. A. M. ist Wach, Vorträge S. 141, 142.

[2]) V. Seuffert S. 336, 337; von Sarwey I S. 425; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 366; Gaupp II S. 138. A. M. ist Endemann II S. 106.

weisen, um dem Gegner die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache und den Anspruch auf Kostenerstattung (§ 98) zu wahren. (M. 479.) Bei theilweiser Anerkenntniss muss auf Antrag ein Theilurtheil erlassen werden. Zwischen den Fällen der §§ 277 und 278 kann in dieser Beziehung kein Unterschied bestehen. Desshalb findet § 273 Abs. 2 hier keine Anwendung.[1]) Ein Antrag auf Streichung der beiden §§ wurde in der J.-K. (98 und 99) abgelehnt.

2) Bei den §§ 277 und 278 wird wie bei dem gerichtlichen Geständniss (Bem. I. 2 zu §§ 261 ff.) die Verfügungsfähigkeit der anerkennenden oder verzichtenden Personen vorausgesetzt. Ein Anerkenntniss oder Verzicht ist also nur dann wirksam wenn eine prozessfähige Partei oder der gesetzliche Vertreter einer solchen oder ein Prozessbevollmächtigter dieselben erklärt hat. Dem letzteren kann die Befugniss zu Anerkenntniss bezw. Verzicht nach § 79 entzogen werden. Damit eine der fraglichen Verfügungen wirksam ist, wird ausserdem vorausgesetzt, dass sie bei der mündlichen Verhandlung erfolgte. Aussergerichtliche oder in Schriftsätze niedergelegte Verfügungen bedürfen nach dem Grundsatze der Mündlichkeit erst der Feststellung vor dem erkennenden Richter. Ausserdem müssen sie besonders nachgewiesen werden und wirken nur wie andere im Beweisverfahren festgestellte Thatsachen. Bei theilweiser Anerkennung oder Verzichtleistung ergeht auf Antrag Theilurtheil; dabei ist für die Anwendung des § 273 Abs. 2 kein Raum sofern die Verfügung an sich keinem Zweifel unterliegt. (M. a. a. O.) Ist auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichts ein Urtheil ergangen, so kann dasselbe nur mittels der gewöhnlichen Rechtsmittel angefochten werden und zwar selbst dann wenn das betr. Anerkenntniss u. s. w. nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts als nichtig oder anfechtbar erscheint. Wurde ein Rechtsmittel geltend gemacht und das Anerkenntniss wegen Mangels der Willensfreiheit, Irrthums u. s. w. angefochten so ist jedoch hierüber nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Die Vorschrift des § 263 kann als solche hier keine Anwendung finden.[2]) Wenn das Anerkenntniss bezw. der Verzicht in Verbindung mit einem gerichtlichen Geständniss oder als Ausfluss desselben erfolgt kann jedoch ein erfolgreicher Widerruf die Wirkung haben, dass nun auch das Anerkenntniss bezw. der Verzicht als unverbindlich angesehen wird. Verzicht wie Anerkenntniss können jederzeit auch in höheren Instanzen bei der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Dass der Verzicht oder das Anerkenntniss in Gegenwart des Gegners erklärt werden muss, schreibt die C.-P.-O. nicht vor. Auch folgt dies nicht aus der Natur der Sache.[3]) Die Erklärung ist (nach § 146) unter allen Umständen in dem Sitzungsprotokoll festzustellen und es kann darauf hin der

[1]) V. auch von Canstein in der Zeitschrift für Civilprozess Bd. I S. 326, Puchelt II S. 9; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 367; von Bülow S. 189; Gaupp II S. 131, 143. A. M. sind Endemann II S. 107 sowie anscheinend auch Struckmann und Koch III. Aufl. S. 262.

[2]) V. auch von Canstein a. a. O. S. 332; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 262; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 368. A. M. ist Puchelt II S. 92.

[3]) V. auch Schollmeyer Zwischenstreit S. 25. A. M. ist von Canstein a. a. O S. 326, 329.

Gegner später seine Anträge stellen. Auch wenn der Verzicht oder das Anerkenntniss in Gegenwart des Gegners erklärt wurde kann dieser übrigens den Antrag auf Abweisung oder Verurtheilung später stellen. [1])

§ 279.

Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Ueber die Verpflichtung, die Prozesskosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

(E. § 269. M. 479, 480. K. 99.)

1) In Abs. 1 des § wird der auf der Verhandlungsmaxime beruhende Satz aufgestellt, dass nicht über die Anträge hinaus zu erkennen sei. Derselbe bezieht sich auch auf Nebenforderungen, bezüglich deren das preussische Recht andere Bestimmungen enthielt und im gemeinen Prozesse Streit bestand; die sogen. clausula salutaris kann einen Antrag auf Zuerkennung nicht ersetzen. Ob eine solche Nebenforderung, über welche nicht erkannt wurde, noch selbständig geltend gemacht werden kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. [2]) Nur was ausdrücklich beantragt oder wenigstens in dem gestellten Antrag enthalten ist, kann abgesehen von den Prozesskosten zuerkannt werden. Der § verbietet übrigens nur das Zuerkennen ultra petita. Ein ausdrücklicher Antrag des Beklagten auf Abweisung der Klage ist nicht erforderlich. (§ 296 Abs. 2.) [3]) Ueber den Antrag hinaus wird auch nicht erkannt wenn quantitativ oder qualitativ ein im Antrag enthaltenes Minus zugesprochen wird. Beansprucht der Kläger bei einem alternativen Anspruch das Wahlrecht ohne eventuell die Verurtheilung nach Wahl des Beklagten zu beantragen so ist wenn der Beklagte zur Leistung nach seiner Wahl verurtheilt wird nicht ein minus sondern etwas, was gar nicht beantragt wurde, zuerkannt. [4]) Wird der Vorschrift des Abs. 1 zuwidergehandelt so ist das Urtheil immerhin nicht ipso jure nichtig sondern es kann dasselbe nur durch Rechtsmittel angefochten werden. Gegen den Kläger kann eine Verurtheilung auch bei sogen. doppelseitigen Klagen nur ergehen wenn der Beklagte dieselbe mittelst Widerklage beantragt hat. Soweit es sich bei Theilungs-Grenzregulirungsklagen u. s. w. um ein Verfahren handelt, das nicht der streitigen Gerichtsbarkeit angehört, ist die Landesgesetzgebung entscheidend. Steht aber ein eigentlicher

[1]) So auch O.-L.-G. Marienwerder 25. April 1881; d. Juristenzeitung Bd. V S. 660. V. auch württemb. Gerichtsblatt Bd. 17 S. 417 ff. und Bd. 18 S. 425 ff.

[2]) V. auch Endemann II S. 110; Gaupp I S. 24 und II S. 144. V. dagegen Mandry civilrechtl. Inh. der Reichsgesetze S. 204, 205.

[3]) V. auch Stuckmann-Koch III. Aufl. S. 263; Bolgiano Handb. S. 517; Hellmann II S. 134; Gaupp II S. 144.

[4]) V. Hellmann II S. 133; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 368. A. M. ist Seuffert S. 339.

Rehtsstreit in Frage, so kommt auch hier § 279 zur Anwendung. [1]) Auf Grund einer Einrede kann niemals eine Verurtheilung des Gegners erfolgen auch nicht auf Grund der Kompensationseinrede. (Bem. II. 2. zu § 274.)

2) Wie der Richter nur über solche Punkte entscheiden soll, bezüglich deren ein Antrag einer Partei vorliegt, so hat er auch über alle gestellten Anträge zu erkennen. Wurde ein von einer Partei gestellter Haupt- oder Nebenanspruch oder der Kostenpunkt im Endurtheil übergangen so kann gemäss § 292 die Ergänzung des Urtheils beantragt werden. Hinsichtlich der Frage ob über sämmtliche Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder nur über diejenigen, welche zur Erreichung des von den Parteien verfolgten Zwecks genügend sind zu erkennen ist, wurde eine Vorschrift absichtlich nicht in die C.-P.-O. aufgenommen, um den Richter nach keiner Richtung zu beschränken. (M. 479, 480; hann. Pr. V. S. 1622, n. Pr. II. S. 611.).

3) Ueber die Prozesskosten (§§ 87 ff.) muss von Amtswegen erkannt werden. Geschieht dies nicht so tritt nicht etwa gegenseitige Aufhebung der Kosten ein sondern es enthält das Urtheil eine Lücke, dessen Ergänzung (nach § 292) beantragt werden kann. Die Verurtheilung zur Kostenerstattung kann übrigens nur zu Gunsten der Gegenpartei, nicht des Anwalts derselben erfolgen. Ein Antrag, zu Gunsten der Anwälte die sogen. Distraktion der Kosten zu gestatten, wurde von der J.-K. (99—101) abgelehnt. Ist einer Partei das Armenrecht bewilligt so tritt die Ueberweisung der vom Gegner zu erstattenden Kosten zu Gunsten des Staats sowie der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher von Rechtswegen ein. (§§ 114 und 115.)

§ 280.

Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

(E. § 270. M. 480. K. 101.)

1) Der im § aufgestellte Grundsatz folgt nothwendig aus dem Grundsatz der unmittelbaren Verhandlung des Rechtstreits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern. Desshalb findet derselbe auch auf diejenigen Beschlüsse Anwendung, welche auf mündliche Verhandlung hin ergehen. (M. 480.) Ist einer der Richter, welche der entscheidenden Verhandlung beiwohnten, dauernd verhindert, sich an der Urtheilsfällung zu betheiligen, so ist eine Wiederholung der Verhandlung erforderlich. (Bem. II. 2 zu § 119.)

2) Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung geht hervor, dass sich dieselbe nur auf die Abfassung des Urtheils, nicht auf dessen Verkündung bezieht. Die dem französischen Recht und der bayer. P.-O. eigene Auffassung, nach welcher die Richter, welche das Urtheil beschlossen haben, auch bei der Verkündung

[1]) V. auch Seuffert S. 339; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 263. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 263; Bolgiano Handbuch II S. 317.

mitwirken müssen, wurde in den Motiven (a. a. O.) als der inneren Begründung entbehrend und praktisch unzuträglich bezeichnet. Das gehörig besetzte Gericht kann ein Urtheil auch dann verkünden wenn kein einziger der hierbei anwesenden Richter bei der Abfassung des Urtheils mitgewirkt und dasselbe unterschrieben hat. Die Vorschriften über Berathung und Abstimmung der Richter sind im Gerichtsverfassungsgesetze (§§ 194—199) enthalten

§ 281.

Die Verkündung des Urtheils erfolgt in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll.

§ 282.

Die Verkündung des Urtheils erfolgt durch Vorlesung der Urtheilsformel. Versäumnissurtheile können verkündet werden, auch wenn die Urtheilsformel noch nicht schriftlich abgefasst ist.

Wird die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt sie durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mittheilung des wesentlichen Inhalts.

§ 283.

Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urtheils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt, welche den Termin versäumt hat.

Die Befugniss einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urtheils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urtheil in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetz ein Anderes bestimmt.

(E. §§ 271—273. M. 480. K. 101—103.)

1) Die Verkündung des Urtheils soll in der Regel unmittelbar nach der Verhandlung erfolgen. (M. 480.) Ist dies nicht möglich so' ist der Termin zur Verkündung sofort zu bestimmen. Die Vorschrift, nach welcher dieser Termin nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, ist eine instruktionelle.

Kann innerhalb dieser Frist die Urtheilsfällung nicht erfolgen so ist der Verkündungstermin zu verlegen. (K. 101, 102.) Die in § 281 vorgesehene Frist gehört zwar zu den sogen. uneigentlichen Fristen, welche sich nicht auf die Thätigkeit der Parteien sondern auf die richterliche Thätigkeit beziehen und einen lediglich disciplinären Charakter haben. Es wird dieselbe daher durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen. (Vorbem. zu §§ 191 ff.) Die Verkündung des Urtheils kann aber nach § 202 G.-V.-G. in den Gerichtsferien stattfinden wenn die Sache auf Antrag als Feriensache bezeichnet wird. (§ 202 G.-V.-G. Abs. 2.)[1]) Die Bestimmung, nach der die Verkündung des Urtheils durch Vorlesung der Urtheilsformel zu erfolgen hat, soll das Gericht nöthigen, den entscheidenden Theil des Urtheils vor der Verkündung schriftlich festzustellen und damit eine Gewähr für die Uebereinstimmung des verkündigten Urtheils mit dem später in vollständiger Form vorliegenden schaffen. (M. 480.) Eine Ausnahme erschien nur bezüglich der Versäumnissurtheile wegen der verhältnissmässigen Einfachheit der Urtheilsformel als geboten. Ein Antrag, nach welchem die mündliche Bekanntmachung des Urtheils in allgemeiner Weise gestattet sein sollte, wurde von der J.-K. (102, 103) abgelehnt. Der Thatbestand des Urtheils wird nicht verkündet. Ebenso ist bezüglich der Entscheidungsgründe eine Verkündung nicht vorgeschrieben. Es ist die Verkündung selbst wie der Umfang derselben dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. (M. 480.) Auch wenn die Urtheilsverkündung in einem späteren Termin stattfindet, brauchen die Gründe nicht mitgetheilt zu werden. (Anders St.-P.-O. § 267.)

2) Die Regel, dass Alles, was auf Grund mündlicher Verhandlung angeordnet wird, mündlich zu eröffnen ist, wurde bei einem auf Mündlichkeit gebauten Verfahren ausnahmlos für nothwendig gehalten. Urtheile und auf mündliche Verhandlung ergehende Beschlüsse des Gerichts (§ 294 Abs. 1) müssen demnach verkündet werden um nach Aussen hin rechtliche Existenz zu erlangen. Die Verkündung erfolgt jedoch auch in Abwesenheit einer oder beider Parteien in wirksamer Weise sofern nicht ein Ruhen des Verfahrens ausdrücklich vereinbart und dem Gerichte angezeigt worden ist. Durch die Unterbrechung des Verfahrens wird die Verkündung nicht gehemmt. (§ 226 Abs. 3.) Irgend eine Verkündung und wäre es auch nur die Verkündung eines späteren Verkündungstermins muss sich an jede mündliche Verhandlung anschliessen. Desshalb glaubte man es den Parteien oder ihren Vertretern zumuthen zu dürfen, dass sie entweder die Verkündung abwarten oder sich nach dem Ergebniss erkundigen. (M. a. a. O.)

3) Die Verkündung macht die Zustellung des Verkündigten entbehrlich. Für Urtheile spricht dies Abs. 2 des § 283, für Beschlüsse und Verfügungen § 294 aus. Der Satz ist hauptsächlich von praktischer Bedeutung für die Fortsetzung des Verfahrens in derselben Instanz, insbesondere für alle prozessleitenden Anordnungen, Beweisbeschlüsse und Zwischenurtheile. Bezüglich der Endurtheile finden Abweichungen von der Regelvorschrift statt für den Beginn des Laufs der

[1]) V. hiezu Gaupp Bd. I S. 494 und 516, Bd. II S. 151.

Nothfristen (§§ 304, 477, 514, 540) und für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 671). (M. a. a. O.) Auch für den Schiedsspruch (§ 865) ist die Zustellung vorgeschrieben. Die Vorschriften der §§ 281 und 283 finden auch auf Beschlüsse Anwendung, nicht aber die des § 282. (§ 294 Abs. 2.)[1])

§ 284.

Das Urtheil enthält:

1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;
2. die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
3. eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
4. die Entscheidungsgründe;
5. die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äusserlich zu sondernde Urtheilsformel.

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.

§ 285.

Der Thatbestand des Urtheils liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

(E. §§ 274, 275. M. 481. K. 103, 543.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die Vorschriften der §§ 284 und 285 gelten für alle Arten von Urtheilen, für Endurtheile wie für Zwischenurtheile, bedingte und unbedingte Urtheile,

[1]) V. auch Hellmann II S. 144; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 370; Gaupp I S. 153. A. M. sind Struckmann und Koch III. Aufl. S. 265.

kontradiktorische und Versäumnissurtheile, nicht aber für Beschlüsse oder prozessleitende Verfügungen. Für den Inhalt des bedingten Endurtheils kommt noch § 427 in Betracht. Die Abfassung des Urtheils ist seinem ganzen Inhalte nach Sache des Gerichts; dieses hat also die Darstellung des Sachverhalts (den „Thatbestand") ebenso wie die übrigen Bestandtheile des Urtheils ohne Mitwirkung der Parteien abzufassen. Eine Bestimmung, dass die Urtheilsformel der Darstellung des Sachverhalts und den Entscheidungsgründen vorangestellt oder nachgestellt werden könne, ist als selbstverständlich weggelassen worden. (M. 481.)

II. Besondere Bemerkungen zu § 284.

1) Ausser den Parteien sind auch deren gesetzliche Vertreter in der in Nr. 1 angegebenen Weise genau zu bezeichnen. Die Prozessbevollmächtigten der Parteien müssen nicht angegeben werden. Ein Antrag, nach welchem auch deren Namen sowie der Tag, an welchem die Entscheidung ergangen ist, in das Urtheil aufgenommen werden sollten, wurde von der J.-K. abgelehnt, so dass die betr. Angaben nur in dem Sitzungsprotokoll (§ 145) enthalten sein müssen. Untersagt ist die Aufnahme dieser Angaben übrigens nicht. Auch empfiehlt sich dieselbe mit Rücksicht auf die Vollständigkeit des Urtheils, zu dessen Ergänzung das Sitzungsprotokoll nicht immer herangezogen werden kann, in hohem Maasse. (K. 543, 544.) Nur die Namen der bei der Urtheilsfällung (Bem. 1 zu § 280) mitwirkenden Richter sind nach Nr. 2 im Urtheile anzugeben, während die bei der Verkündung anwesenden Richter aus dem Sitzungsprotokoll erhellen.

2) Der Thatbestand des Urtheils, in den nach Nr. 3 die Anträge der Parteien aufgenommen werden müssen, ist nicht auf Grund der vorbereitenden Schriftsätze sondern auf Grund der mündlichen Verhandlung anzufertigen; jedoch kann auf die vorbereitenden Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll ausnahmsweise Bezug genommen werden sofern dadurch das Verständniss des Urtheils bezw. der Zusammenhang zwischen dem Thatbestand und den Entscheidungsgründen nicht verloren geht. Nur in seltenen Fällen wird übrigens die Bezugnahme auf die Akten genügen.[1]) In der Regel ist eine selbständige Darlegung des Parteivorbringens, das in der mündlichen Verhandlung erfolgte, erforderlich. Auch in der Berufungsinstanz muss der Thatbestand unter Zugrundlegung der mündlichen Vorträge der Parteien derart dargelegt werden, dass sich daraus genau ersehen lässt, welche in der ersten Instanz vorgebrachte Behauptungen wiederholt und welche neuen Thatsachen vorgebracht wurden.[2]) Die Nichtbeobachtung der in § 284 enthaltenen Vorschrift über den Thatbestand ist kein unbedingter Revisionsgrund. (§ 513.) Es kommt vielmehr darauf an, ob die Entscheidung auf der Verletzung des Gesetzes beruht. (§ 511.)[3]) Wenn es aber an einer Darlegung des Sach- und Streitstandes vollständig fehlt oder

[1]) V. R.-G. 16. Juni 1880, d. Juristenzeitung Bd. IV S. 563.

[2]) V. hiezu Streich im würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 461 ff.; f. R.-G. 8. Okt. und 23. Nov. 1880, 20. und 30. Mai 1881; Entscheid. Bd. II S. 404 ff. und 421 ff.; d. Juristenzeitung V. S. 746 ff.

[3]) V. R.-G. 16. März 1880; d. Juristenzeitung Bd. V. S. 508.

durch Widersprüche zwischen den im Thatbestand enthaltenen Angaben oder zwischen diesen und den in den Entscheidungsgründen aufgestellten Behauptungen an einer thatsächlichen Unterlage für die Beurtheilung fehlt so kann das Urtheil aufgehoben werden und zwar von Amtswegen.[1]) Dies kann nicht bloss in der Revisionsinstanz sondern auch in der Berufungsinstanz geschehen. (§ 501.) Die Mängel des Thatbestands können übrigens gedeckt werden wenn die Entscheidungsgründe thatsächliche Angaben enthalten, durch welche der Thatbestand ergänzt wird. Auf den Ort, an dem diese thatsächlichen Angaben enthalten sind, kommt nichts an.[2]) Ging dem unbedingten Endurtheil ein bedingtes vorher oder wurde der Sachverhalt bereits in einem Zwischenurtheil dargelegt so braucht der Thatbestand in dem späteren Urtheil nicht wiederholt sondern kann auf das frühere Urtheil Bezug genommen werden. Ebenso kann das in einer höheren Instanz ergehende Urtheil auf die Urtheile der früheren Instanzen Bezug nehmen. (K. 544.) Die rechtlichen Ausführungen der Parteien gehören nicht in den Thatbestand. Das thatsächliche Vorbringen ist aber auch dann vollständig darzulegen wenn ein Theil desselben vom Gericht für unerheblich gehalten wurde weil in der Berufungsinstanz eine andere Auffassung eintreten kann.

3) Die Entscheidungsgründe, welche sich sowohl auf die thatsächliche als auf die rechtliche Würdigung der für erheblich erachteten Angriffs- und Vertheidigungsmittel erstrecken und namentlich auch erkennen lassen müssen, welche Gründe bei der Beweiswürdigung für die richterliche Ueberzeugung leitend waren (§ 259), sollen nicht bloss den Parteien das Verständniss und die Kritik des Urtheils sondern auch dem höheren Richter die Beurtheilung ermöglichen ob die Entscheidung gerechtfertigt und insbesondere ob nicht ein Gesetz verletzt bezw. nicht angewendet worden ist. (§ 512.) Ganz allgemeine vage Erwägungen genügen desshalb nicht. Vielmehr muss sich aus den Entscheidungsgründen erkennen lassen, welche Thatsachen als feststehend und entscheidend angesehen wurden, auf welchen Gründen diese Annahme beruht und unter welche Rechtsnorm diese Thatsachen subsumirt worden sind. Ein Fehlen der Entscheidungsgründe liegt nicht bloss dann vor wenn über einen Anspruch ohne Angabe der Gründe erkannt worden ist sondern auch dann wenn selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel unberücksichtigt blieben. Die Gründe müssen sich über alle nach Massgabe des Parteivorbringens sich darbietenden Streitpunkte verbreiten und zwar derart, dass kein Zweifel darüber bleibt ob eine thatsächliche Ausführung vorliegt oder die Entscheidung auf Rechtsgründen beruht.[3]) Der Mangel genügender Entscheidungsgründe hat nach § 513 Z. 7 die Wirkung, dass die Entscheidung als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist. Wenn in dem Urtheile eines Berufungsgerichts einfach auf die Gründe des ersten Richters Bezug genommen wurde so liegt ein Mangel der Entscheidungsgründe

[1]) V. R.-G. vom 8. Okt. und 23. Nov. 1880, 20. und 30. Mai 1881 a. a. O.; ferner R.-G. 4. Mai 1881, d. Juristenzeitung Bd. V S. 632.

[2]) V. R.-G. 29. Sept., 23. und 27. Okt. 1880, Entscheid. II S. 394 ff.; Annalen II S. 581; jur. Wochenschrift J. 1880 S. 5.

[3]) V. R.-G. 3. Dez. 1880, Annalen III S. 100.

desshalb noch nicht vor. Die Bezugnahme kann jedoch eine selbständige Begründung nur dann ersetzen, wenn eine vollständige Uebereinstimmung besteht. Die Aeusserung, dass die Gründe des ersten Richters „im Wesentlichen zutreffend" seien, genügt nicht, weil sich daraus nicht entnehmen lässt, welche Gründe als zutreffend angesehen werden und welche nicht.[1])

4) Dass die Urtheilsformel (der verfügende Theil des Urtheils) von der Darstellung des Sachverhalts und den Entscheidungsgründen äusserlich d. h. räumlich getrennt werden muss, hat in den Vorschriften des § 293 seinen Grund, nach welchen nur die Entscheidung über die durch Klage oder Widerklage erhobenen Ansprüche der Rechtskraft fähig ist. Dass auch die Entscheidungsgründe vom Thatbestand äusserlich zu sondern sind, schreibt das Gesetz nicht vor. Doch wird sich eine solche Trennung in der Regel wegen der grösseren Uebersichtlichkeit empfehlen. Auf den Ort, an dem eine thatsächliche oder rechtliche Ausführung steht, kommt es übrigens für deren Beurtheilung nicht an. (Bem. II. 2.)

III. Beweiskraft des Thatbestandes.

1) Soweit das mündliche Vorbringen der Parteien d. h. der Umstand in Frage steht, ob eine bestimmte Thatsache von einer Partei behauptet oder nicht behauptet wurde, liefert der Thatbestand einen vollen Beweis, der nicht wie der gewöhnliche Urkundenbeweis (§§ 380 ff.) durch einen beliebigen Gegenbeweis sondern nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Es sind also die Feststellungen in der Darstellung des Sachverhalts, soweit sie nicht durch das Protokoll entkräftet werden, für den erkennenden Richter wie für die Rechtsmittelinstanzen unbedingt bindend. Dass eine bestimmte Behauptung oder der hiegegen erhobene Widerspruch im Thatbestand nicht festgestellt wurde, berechtigt zu der Annahme, dass eine solche Behauptung oder ein Widerspruch gegen dieselbe nicht erfolgt ist.[2]) Dagegen kann der Umstand, dass ein bestimmtes Vorbringen im Sitzungsprotokoll, in welches keineswegs alles thatsächliche Vorbringen der Parteien aufzunehmen ist, nicht festgestellt wurde, dem Thatbestand seine Beweiskraft nicht entziehen. Vielmehr wird hiezu erfordert, dass das Sitzungsprotokoll mit den im Thatbestand enthaltenen Feststellungen im Widerspruch steht. Auf solche Feststellungen, die sich nicht auf das mündliche Vorbringen der Parteien sondern auf andere Punkte (z. B. die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen, das Ergebniss eines Augenscheins u. s. w.) beziehen, erstreckt sich die Vorschrift des § nicht. Vielmehr gelten in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze über den Beweis und kann der höhere Richter auf Grund anderweitiger Feststellungen oder eigener Würdigung die Unrichtigkeit des Thatbestands auch dann annehmen, wenn derselbe nicht durch das Sitzungsprotokoll entkräftet ist.[3]) Unter dem Sitzungsprotokoll kann übrigens, da nur das münd-

[1]) V. R.-G. 12. Febr. 1881, d. Juristenzeitung Bd. V. S. 342;

[2]) V. auch Seuffert S. 346; Endemann II S. 120; Gaupp II S. 158; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 373; R.-G. 30. April 1881, Entscheid. Bd. IV S. 418 ff. insbes. S. 420. O.-L.-G. Augsburg 24. Jan. 1881, Busch's Zeitschr. für d. Civ.-Pr. IV S. 432.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 268; Seuffert S. 347; Puchelt II S. 101; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 373; Gaupp II S. 158. Theilweise abweichend Endemann II S. 121.

liche Parteivorbringen in Frage steht, nur derjenige Theil desselben verstanden werden, der die Erklärung der Parteien enthält und der nach Vorschrift des § 148 von den Betheiligten genehmigt worden ist.[1]) Sofern der Thatbestand noch nicht endgiltig festgestellt ist sondern dessen Berichtigung verlangt wird, kann die Vorschrift des § im Berichtigungsverfahren (§ 291) natürlich nicht angerufen werden.

2) Steht das Sitzungsprotokoll mit dem Thatbestand im Widerspruch, so ist demselben die Beweiskraft entzogen. Es gilt zunächst das im Protokoll bekundete Vorbringen und es ist diese Geltung nicht an das Erforderniss einer vorherigen Berichtigung des Thatbestandes geknüpft.[2]) Dem Sitzungsprotokoll gegenüber kann aber der Beweis der unrichtigen Beurkundung in jeder Weise erbracht werden (Bem. 3 zu §§ 148 ff. und Bem. zu § 380 c.). Sonach kann, wenn es sich um diesen Beweis handelt, auch die abweichende Beurkundung im Thatbestand neben anderen Beweisgründen in Betracht kommen.[3])

§ 286.

Das Urtheil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urtheile bemerkt.

Ein Urtheil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefasst war, ist vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urtheile den Tag der Verkündung zu bemerken und diese Bemerkung zu unterschreiben.

(E. § 276. M. 481. K. 103 und Prot. zum G.-V.-G. S. 59 und 694—695.)

1) Das bei den Akten verbleibende Original (Konzept) des Urtheils ist von sämmtlichen Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu

[1]) V. Struckmann-Koch a. a. O.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 374; Gaupp II S. 158. A. M. ist von Sarwey I S. 434.

[2]) V. R.-G. 1. Otk. 1881, Annalen Bd. IV S. 429; juristische Wochenschrift J. 1881 S. 195.

[3]) V. Seuffert S. 347; von Sarwey I S. 434; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 268 Gaupp II S. 159.

unterschreiben, damit sie sich überzeugen und durch ihre Unterschrift zu erkennen geben, dass das abgefasste Urtheil mit dem Beschluss übereinstimmt. Der Gerichtsschreiber hat nicht das Urtheil sondern nur den Verkündigungsvermerk zu unterzeichnen. Ausserdem gehört seine Unterschrift unter die Ausfertigungen. (M. 481.) Die Richter, welche lediglich bei der Verkündung mitwirkten, haben das Urtheil nicht zu unterschreiben. „Dass erst das vollständig abgefasste, mit Sachverhalt, Entscheidungsgründen etc. versehene Urtheil, nicht das nach § 282 Abs. 1 verkündete, von den Richtern zu unterschreiben sei" wurde in der J.-K. (§ 103) von Direktor von Amsberg als den Intentionen des Entwurfs entsprechend bezeichnet und muss als richtig anerkannt werden. Dadurch wird aber an der Vorschrift des § 282 nichts geändert, nach welcher, sofern es sich nicht um ein Versäumnissurtheil handelt, die Urtheilsformel vor der Verkünduug vom Gericht (nicht vom Vorsitzenden) schriftlich festzustellen ist. Diese Urtheilsformel darf nach der Verkündung in keinem Falle mehr abgeändert werden.

2) Die Vorschrift, dass die Unterschrift eines an der Unterzeichnung des Urtheils verhinderten Richters durch den Vermerk der Verhinderung ersetzt werden kann, gilt für vorübergehende wie für dauernde Verhinderungsgründe; es ist desshalb, wenn der Inhalt des Urtheils festgestellt ist und nur die Unterschrift eines Richters nicht beigefügt werden kann, nicht nöthig, dass die Verkündung verschoben wird. Hiebei wird natürlich vorausgesetzt, dass das Urtheil bereits gefällt d. h. beschlossen war als die Verhinderung eintrat. (§ 280.) Dagegen rechtfertigt der Umstand, dass ein Richter mit dem Inhalt der Entscheidung oder den Entscheidungsgründen nicht einverstanden ist, nicht die Verweigerung der Unterschrift. Auch ist derselbe nicht befugt, seiner Unterschrift eine Bemerkung beizufügen, aus welcher hervorgeht, dass er gegen das Urtheil gestimmt hat. Ein Antrag, nach welcher jedes Mitglied eines Kollegialgerichts berechtigt sein sollte, „seine von der Beschlussfassung des Gerichts abweichende Ansicht in den Geheimakten des Gerichts niederzulegen" wurde, nachdem er bei Berathung der C.-P.-O. als zum G.-V.-G. gehörig zurückgezogen worden war, bei der ersten Lesung dieses Gesetzes angenommen bei der zweiten aber abgelehnt. (Pr. zur C.-P.-O. S. 103 und zum G.-V.-G. S. 59 und 694 bis 695.)

3) Die Frist von einer Woche, innerhalb deren das Urtheil nach Abs. 3 dem Gerichtsschreiber in vollständiger Abfassung übergeben werden muss, ist eine sogen. uneigentliche Frist, welche nicht die Thätigkeit der Parteien sondern die des Gerichts betrifft und lediglich einen disziplinären Charakter hat. (Vorbem. zu §§ 191 ff.) Diese Frist wird desshalb nicht durch die Gerichtsferien unterbrochen. (V. auch Bem. 1 zu §§ 281 ff.)[1]

4) Das Urtheil ist auch dann von den bei der Entscheidung mitwirkenden Richtern zu unterschreiben wenn dasselbe, was bei Versäumnissurtheilen häufig

[1]) V. auch: Gaupp Bd. II. S. 161; Wilmowski-Levy II Aufl. S. 374; Eccius in den Beitr. zur Erläut. des d. R. Bd. 23 S. 739.

vorkommt, in das Sitzungsprotokoll aufgenommen wurde.[1]) Dagegen gilt die Vorschrift des § nicht für Beschlüsse. Vielmehr ist es den Gerichten überlassen, zu bestimmen, von wem die Beschlüsse zu unterzeichnen sind. Von einer analogen Anwendung des § 286 auf einfache Beschlüsse und Verfügungen kann um so weniger die Rede sein als in § 294 einzelne der die Urtheile betreffenden Bestimmungen auf Beschlüsse für anwendbar erklärt wurden, § 286 sich aber nicht unter diesen Vorschriften befindet.[2])

§ 287.

Der Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urtheile in ein Verzeichniss zu bringen. Das Verzeichniss wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden im voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtsschreiberei ausgehängt.

§ 288.

Die Zustellung der Urtheile erfolgt auf Betreiben der Parteien.

So lange das Urtheil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht ertheilt werden.

Die Ausfertigungen und Auszüge der Urtheile sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

(E. §§ 277 und 278. M. 480. K. 103 ff. und 545 ff.)

1) Insoweit die Zustellung einer verkündeten Entscheidung erfolgen muss oder nach dem Willen einer Partei erfolgen soll, ist sie nach § 288 von der Partei zu betreiben. Aus diesem Grunde waren die im § 287 getroffenen Anordnungen über das Urtheilsverzeichniss erforderlich, um den Parteien Gelegenheit zu geben, von den Urtheilen Einsicht zu nehmen und die Ertheilungen von

1) V. auch: Endemann II S. 122; Gaupp II S. 160; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 269. A. M. ist Wach, Vorträge S. 94.

2) V. R.-G. 18. Dez. 1880, Entscheid. III S. 400. Bezüglich der in Strafsachen zu erlassenden Beschlüsse haben der I. und III. Strafsenat des R.-G. schon früher in diesem Sinne entschieden. V. Entscheid. im Strafs. I S. 210 und 402. Nach der Gesch.-Ord. des R.-G. (§ 19) werden Beschlüsse, welche nach mündlicher Verhandlung ergehen, von allen Richtern unterzeichnet, die anderen dagegen nur vom Vorsitzenden und Berichterstatter. (D. Juristenzeitung III S. 217.)

Ausfertigungen oder Abschriften derselben bei dem Gerichtsschreiber zu beantragen. (M. 480.) Das Aushängen des Urtheilsverzeichnisses eröffnet ausserdem die Frist, innerhalb deren die Berichtigung des Thatbestands zu beantragen ist. (§ 291.) Die Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 287 beeinträchtigt die Wirksamkeit des verkündeten Urtheils nicht.[1])

2) Die Vorschriften des § 288, welche auch im Verfahren vor den Amtsgerichten Anwendung finden[2]), von denen aber nach § 582 eine Ausnahme gemacht wird für das Verfahren in Ehesachen, gelten für alle Arten von Urtheilen, nicht aber für Beschlüsse und Verfügungen. In das Urtheilsverzeichniss sind alle bis zum Zeitpunkt der Aushängung verkündeten und unterschriebenen Urtheile aufzunehmen. Jedoch ist nicht der Inhalt des Urtheils anzugeben sondern bloss das sogen. Rubrum d. h. die Bezeichnung der Parteien und des Streitgegenstandes, sowie das Datum des Urtheils. (K. 106.) Wegen der Berechtigung, Ausfertigungen, Abschriften und Auszüge zu verlangen, sind die Bem. zu § 271, wegen der Zustellungen die §§ 152 ff. und die Bemerkungen zu § 283 zu vergleichen. Die Aushändigung von Ausfertigungen u. s. w. kann nach dem G.-K.-G. (§§ 3 und 97) von der Zahlung eines die Schreibgebühr deckenden Betrags, nicht aber von der Zahlung anderer Kosten abhängig gemacht werden. Dass die Ausfertigung abgesehen von der Vollstreckungsklausel noch eine besondere „Ausfertigungsklausel“ erhält, ist nicht nothwendig.[3])

§ 289.

Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden.

(E. § 279. M. 481. K. 104.)

Aus der Vorschrift des §, von welcher die §§ 290 und 291 Ausnahmen enthalten, folgt, dass über die durch Endurtheil oder Zwischenurtheil erledigten Streitpunkte in derselben Instanz nicht mehr verhandelt werden kann und dass insbesondere ein Zwischenurtheil nicht vom Gericht zurückgenommen werden darf. (Bem. 1 zu § 275.) Dass umgekehrt Beschlüsse und Verfügungen prozessleitender Natur für das Gericht keine bindende Kraft haben, ist als selbstverständlich weggelassen; für den Beweisbeschluss folgt es aus § 323. (M. 481.) Unter „erlassenen“ Urtheilen sind hier diejenigen zu verstehen, welche bereits

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 270; Gaupp II S. 162; Bolgiano Handbuch S. 335. A. M. ist Siebenhaar S. 325.

[2]) V. auch von Kräwel in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 476 ff. A. M. ist Meyer in den Beitr. zur Erläut. des d. Rechts (Rassow und Küntzel) Bd. 24 S. 50 ff.

[3]) V. O.-L.-G. Dresden, Wenglers Archiv N. F. Bd. II S. 737.

verkündet worden sind. Ein bereits beschlossenes und abgefasstes, jedoch noch nicht verkündetes Urtheil kann vom Gericht noch abgeändert werden. [1])

§ 290.

Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.

Ueber die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluss, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.

Gegen den Beschluss, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluss, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 291.

Enthält der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welches das Urtheil eingetragen ist.

Der Schriftsatz muss den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Bei der Entscheidung wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urtheil mitgewirkt haben. Ist ein Richter verhindert, so gibt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung die Stimme des

[1]) So auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 271; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 360, 361; Gaupp II S. 163.

ältesten Richters den Ausschlag. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluss, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge.

§ 292.

Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Entscheidung ganz oder theilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muss binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muss den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstande.

(E. §§ 280—282. M. 481, 482. K. 104 ff. und 543 ff.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Durch § 290 soll die einfache und rasche Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, ermöglicht werden, während § 291 die Berichtigung gestattet, wenn der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmungen des § 290 fallen, nämlich Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche enthält (M. 481). Durch § 292 wird sodann die Ergänzung unvollständiger Urtheile geregelt. Ein besonderes Erläuterungsverfahren zur Berichtigung von Dunkelheiten oder Widersprüchen in dem die Entscheidung enthaltenden Theile des Urtheils wurde für überflüssig gehalten. Auch wurde ein Antrag, durch den das Erläuterungsverfahren eingeführt werden sollte, von der J.-K. abgelehnt. Ebenso wurde davon abgesehen, die Berichtigung oder Ergänzung kostenfrei geschehen zu lassen. (M. a. a. O., K. 104 und 105.)

II. Verbesserung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und offenbaren Unrichtigkeiten ähnlicher Art. (§ 290.)

1) Sind bei Abfassung des Urtheils Versehen der im § bezeichneten Art unterlaufen, so können dieselben von Amtswegen verbessert werden ohne dass für diese Berichtigung eine Frist gesetzt ist. Auch wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, kann die Berichtigung noch eintreten und ist das höhere Gericht an Schreibfehler im angefochtenen Urtheil nicht gebunden. [1]) Ob der Fehler in der Urtheilsformel oder im Thatbestand oder in den Entscheidungsgründen vorkommt, ist einerlei. Damit § 290 Anwendung finden kann, wird aber immer vorausgesetzt, dass es sich um ein rein formales bei der Redaktion begangenes Versehen, nicht um eine irrthümliche Auffassung der Thatsachen oder Rechtsverhältnisse handelt, oder dass die Entscheidung selbst unverständlich ist oder Widersprüche enthält. Finden sich materielle Unrichtigkeiten, Dunkelheiten oder Widersprüche im Thatbestand, so kommt § 291 zur Anwendung. Ist dagegen die Entscheidung selbst unklar oder enthält sie Widersprüche, so kann die Partei, welche dadurch sachlich beschwert wird, nur durch Ergreifung von Rechtsmitteln eine Abhülfe herbeiführen. (K. 105.)

2) Ein besonderes Verfahren ist für die auf Grund des § 290 erfolgende Berichtigung, da dieselbe von Amtswegen verfügt wird, nicht vorgeschrieben. Vielmehr kann das Gericht (nicht der Vorsitzende) die Berichtigung ohne Anhörung der Parteien anordnen. Es hat jedoch jede Partei das Recht, auf die Fehler im Urtheile aufmerksam zu machen und es kann das Gericht, ehe es eine Verfügung erlässt, die Parteien hören und wenn dies als angemessen erscheint eine mündliche Verhandlung anordnen. Der Antrag kann in jeder Form gestellt werden. Zustellung eines Schriftsatzes ist nicht erforderlich. Doch findet auch hier nach § 74 Abs. 1 Anwaltszwang statt. [2]) Die Berichtigung kann auch von solchen Richtern, welche bei der Entscheidung selbst nicht mitwirkten, vorgenommen werden. Die Vorschrift des § 280 trifft hier nicht zu. Jedenfalls geht aus der abweichenden, von der J.-K beigefügten, Bestimmung des § 291 sowie den Aeusserungen des Regierungskommissars klar hervor, dass nur bei der auf Grund dieses § erfolgenden Berichtigung des Thatbestands dieselben Richter mitwirken müssen. (K. 105 und 545—557.) [3]) Der Beschluss, durch den eine Berichtigung vorgenommen oder der Antrag auf eine solche zurückgewiesen wird, ist wenn er auf Grund einer mündlichen Verhandlung erging zu verkünden, andernfalls den Parteien von Amtswegen zuzustellen. (§ 294 Abs. 1 und 3.) Damit der eine Berichtigung verfügende Beschluss nicht bloss auf dem Urtheil selbst sondern auch auf den Ausfertigungen vorgemerkt werden kann, sind diese von Amtswegen einzufordern. [4]) Deren Vorlegung kann jedoch nicht erzwungen werden.

[1]) V. R.-G. 10. Mai 1881, Entsch. IV S. 208 ff., insbes. S. 210.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 271; von Sarwey I S. 437; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 376. A. M. ist Hellmann II S. 155.

[3]) V. auch Struckmann-Koch a. a. O.; Wilmowski-Levy S. 377; Seuffert S. 350; Puchelt II S. 109; Gaupp II S. 165. A. M. ist Endemann II S. 127, Anm. 4.

[4]) V. Seuffert S. 351; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 377; von Sarwey I S. 438;

3) Gegen den eine Berichtigung aussprechenden Beschluss findet sofortige Beschwerde (§ 540) statt und zwar selbst dann wenn gegen das Urtheil selbst ein Rechtsmittel ergriffen worden ist. Ein Antrag, die sofortige Beschwerde nur dann zuzulassen wenn ein solches Rechtsmittel nicht eingelegt worden ist, wurde von der J.-K. (S. 104, 105) abgelehnt. Gegen den einen Antrag auf Berichtigung zurückweisenden Beschluss findet kein Rechtsmittel statt. Ist jedoch ein solches noch gegen das Urtheil selbst zulässig, so kann mittelst dessen eine Berichtigung herbeigeführt werden.

III. Berichtigung des Thatbestands. (§ 291.)

1) Die bei Darlegung des Sachverhalts vorgekommenen Versehen können soweit § 290 zutrifft von Amtswegen berichtigt werden. Falls auf diesem Wege eine Abhülfe nicht möglich ist, gibt das durch § 291 geregelte Berichtigungsverfahren ein Mittel an die Hand, die Beseitigung von materiellen Irrthümern sowie die Vervollständigung oder Erläuteruag des Thatbestands herbeizuführen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die thatsächlichen Ausführungen, um deren Berichtigung es sich handelt, im Thatbestand oder in den Entscheidungsgründen stehen. (Bem. II, 2 und II, 4 zu § 294 ff.) [1] Das Verfahren ist aber nur dann zulässig, wenn eine der Parteien in der gesetzlich vorgeschriebenen Form und Frist die Berichtigung des Thatbestands beantragt hat. Hat eine Partei den Antrag auf Berichtigung unterlassen, so kann sie in der höheren Instanz nicht mehr mit ihrer Behauptung aufkommen, dass der Thatbestand unrichtig sei. [2] Wenn der Thatbestand durch das Sitzungsprotokoll entkräftet wird, bedarf es jedoch der Berichtigung nicht. (Bem. III zu § 285, R.-G. 1. Okt. 1881.) Die Frist kann als eine gesetzliche zwar durch Vereinbarung der Parteien, nicht aber durch richterliche Verfügungen verlängert werden (§ 202). Wurde dieselbe versäumt, so muss der Antrag auf Berichtigung abgewiesen und kann nur durch Rechtsmittel Abhülfe bewirkt werden. Dass an der Entscheidung nach der durch die J.-K. (545 – 547) beigefügten Vorschrift des Abs. 4 nur diejenigen Richter theilnehmen können, welche bei dem Urtheil selbst mitgewirkt haben, hat ebenso wie die Vorschrift, dass ohne vorgängige Beweisaufnahme über den Antrag entschieden werden muss, darin seinen Grund, dass nur die eigenen Wahrnehmungen bezw. Erinnerungen des Gerichts, welche durch die Herbeiziehung der Akten und des Sitzungsprotokolls aufgefrischt werden können, massgebend sein sollen. Wenn es möglich ist, müssen die Richter, welche bei dem betreffenden Urtheil mitwirkten, auch alle an der Entscheidung über den Berichtigungsantrag theilnehmen. Es kommt nicht darauf an, ob sie noch derselben Kammer angehören. Ist einer oder sind mehrere der bei dem Urtheil mitwirkenden Richter verhindert, so hat die Entscheidung über den Berichtigungsantrag durch die oder den nichtverhinderten Richter zu erfolgen und ist von der vorgeschriebenen Zahl der Richter

Endemann II S. 128; Gaupp II S. 165. A. M. sind Struckmann und Koch a. a. O. S. 271; ferner Puchelt II S. 109.

[1]) V. auch von Kräwel in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 461.

[2]) V. R.-G. 25. Jan. 1881, Entscheid Bd. IV S. 368 ff. bes. 369.

abzusehen. Ein anderer Richter darf unter keinen Umständen beigezogen werden. Vielmehr muss wenn keiner der Richter, die bei dem Urtheil mitgewirkt haben, vorhanden ist bezw. der Amtsrichter, der das Urtheil erliess, nicht mehr in der Lage ist, die Berichtigung vorzunehmen, das ganze Verfahren unterbleiben. Ein Antrag, nach welchem für Handelsrichter der Ablauf der Dienstzeit kein Hinderniss sein sollte, bei ber Entscheidung über den Berichtigungsantrag mitzuwirken, wurde zwar von der J.-K. angenommen und zu den eventuell über das handelsgerichtliche Verfahren zu fassenden Beschlüssen verwiesen. Es wurde demselben aber keine weitere Folge gegeben. (K. 546—547.) Auf die mündliche Verhandlung, welche § 291 vorschreibt, finden die allgemeinen Bestimmungen der C.-P.-O. Anwendung. Ein Versäumnissverfahren findet jedoch nicht statt, da weder ein Versäumniss im Sinne der §§ 295 ff. noch ein Zwischenstreit vorliegt und die Berichtigung nicht durch Urtheil sondern durch Beschluss erfolgt.[1]) Wenn beide Theile ausbleiben, tritt ein Ruhen des Verfahrens nicht ein. Vielmehr hat das Gericht den gestellten Antrag von Amtswegen zu prüfen und darüber zu entscheiden.[2]) Ist ein Berichtigungsverfahren anhängig und wird sodann gegen das Urtheil ein Rechtsmittel ergriffen, so ist zunächst über die Berichtigung zu entscheiden weil der Thatbestand für den höheren Richter bindend ist und feststehen muss, ehe dieser sein Urtheil abgeben kann. (§ 285.)

2) Der Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes ist unabhängig vom Inhalt des Sitzungsprotokolls. Es kann die Berichtigung auch dann vorgenommen werden, wenn der Thatbestand nicht durch dieses Protokoll entkräftet wird. In dem Berichtigungsverfahren wird den Parteien gerade ein Mittel gewährt, auch wenn sie Konstatirungen zu Protokoll unterlassen haben, nachträglich den wahren Inhalt ihres Vorbringens in den Thatbestand des Urtheils hineinzubringen. (M. 481). Die Berichtigung darf jedoch nie dahin führen, dass der berichtigte Thatbestand mit dem Sitzungsprotokoll in Widerspruch geräth, da dieses nach § 285 dem Thatbestand vorgeht. Führt die Berichtigung dazu, dass der Thatbestand mit der Urtheilsformel oder den Entscheidungsgründen nicht mehr in Einklang steht, so kann in der Regel nur durch Rechtsmittel Abhülfe erfolgen. Es kann aber auch durch die Berichtigung ein Antrag auf Ergänzung des Urtheils (§ 292) gerechtfertigt werden.

IV. Ergänzung des Urtheils. (§ 292.)

1) Das in § 292 geregelte Verfahren ist zulässig, wenn ein von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch oder der im Gesetz begründete Anspruch auf Kostenersatz im Urtheil übergangen wurde, nicht wenn das Gericht es unterlassen hat, auf ein bestimmtes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel einzugehen. (Bem. zu § 275 und zu § 279.) Auch wenn es unterlassen wurde,

[1]) Struckmann-Koch III. Aufl. S. 273; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 378; von Sarwey I S. 440; Gaupp II S. 168, 169; von Bülow in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess IV. S. 347. A. M. ist Seuffert S. 353.

[2]) V. Wilmowski-Levy, von Sarwey, Gaupp a. a. O. A. M. Struckmann-Koch a. a. O.

über eine lediglich durch Einrede geltend gemachte Gegenforderung ausdrücklich zu entscheiden, kann § 292 nicht zur Anwendung kommen. (Bem. 2 zu § 279.) Die Entscheidung über die Einrede ist zudem stets in derjenigen über die Klage enthalten.[1]) Aber auch im ersten Falle kann § 292 nur dann zur Anwendung kommen, wenn über sämmtliche Ansprüche oder jedenfalls über den übergangenen Anspruch entschieden werden sollte, nicht wenn das Gericht nur ein Theilurtheil (273) erlassen wollte. (M. 481.) Die Ergänzung erfolgt durch Urtheil, nicht durch Beschluss wie in den Fällen der §§ 290, 291. Das ergehende Urtheil ist ein Rest-Endurtheil, wie es auf ein Theilurtheil folgt. Dasselbe kann auch ein Versäumnissurtheil sein. An dem früheren Urtheil kann in keinem Falle durch dasselbe etwas geändert werden.[2]) Im Zusammenhang mit der Vorschrift des § steht die des § 14 Nr. 5 E.-G., durch welche der in manchen Rechtsgebieten geltende Satz aufgehoben wird, dass gewisse Nebenansprüche wenn das Urtheil darüber schweigt als aberkannt gelten.

2) Ob ein Haupt- oder Nebenanspruch, über den im Urtheil nicht entschieden ist, von der betreffenden Partei wirklich geltend gemacht wurde, ist lediglich nach dem ursprünglich aufgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande zu entscheiden, der nach § 284 Z. 3 die Anträge der Parteien enthalten muss. Die Vorschrift des § 292 kommt auch dann zur Anwendung wenn der Richter es unterlassen hat, über den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarerklärung zu erkennen oder diese in den im Gesetz vorgesehenen Fällen von Amtswegen auszusprechen (§ 654).[3]) Wenn der Antrag auf Ergänzung zulässig erscheint, so ist die mündliche Verhandlung über den Streitpunkt, dessen Entscheidung nachträglich verlangt wird, von Neuem und in vollem Umfang zu eröffnen. Da es sich hiebei um eine selbständige Entscheidung handelt, brauchen an der Verhandlung über den Ergänzungsantrag nicht nothwendig dieselben Richter Theil zu nehmen, welche an der Fällung des der Ergänzung bedürfenden Urtheils mitgewirkt haben. Die Ergänzung des Urtheils kann nur auf dem Wege des § 292, nicht im Wege der Rechtsmittel verlangt werden. (M. 481.)[4]) Wird die für den Ergänzungsantrag gestellte Frist versäumt, so kann jedoch der übergangene Anspruch auf dem Weg der Klage von Neuem geltend gemacht werden, da keine Möglichkeit vorliegt, bei dem Gericht, bei dem derselbe früher geltend gemacht wurde, oder bei einer Rechtsmittelinstanz eine Entscheidung zu erlangen, derselbe also nicht mehr rechtshängig ist.[5]) Die im § festgesetzte, mit der Zustellung des Urtheils beginnende, Frist kann als einfache gesetzliche Frist durch die Parteien aber nicht durch das Gericht verlängert werden. (§ 202.) Wird der Antrag auf Ergänzung erst durch die Berichtigung des Thatbestandes zulässig

[1]) So auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 380; Bolgiano, Handb. S. 313. A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 215; Puchelt II S. 112; Gaupp II S. 171.

[2]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 381.

[3]) V. O.-L.-G. Köln 1. Juni 1881, rhein. Archiv Bd. 72 Abth. II S. 34, deutsche Juristenzeitung J. 1881 S. 141.

[4]) So auch L.-G. Zwickau 4. März 1880; Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 339, d. Juristenzeitung Bd. IV. S. 564.

[5]) So auch Gaupp II S. 172.

(Bem. III. 2) und enthält das zugestellte Urtheil nicht den berichtigten sondern noch den ursprünglich festgestellten Thatbestand, was allerdings nicht leicht vorkommen wird, so kann erst eine neue Zustellung des Urtheils mit dem berichtigten Thatbestand oder die Verkündung des Berichtigungsbeschlusses die im § festgesetzte Frist in Lauf setzen. In derartigen Fällen wird es aber zulässig sein, gleichzeitig mit der Berichtigung des Thatbestands auch die Ergänzung des Urtheils zu verlangen.

§ 293.

Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.

(E. § 283. M. 482 ff. K. 106 ff.)

I. Allgemeiner Grundsatz. (Abs. 1.)

1) In § 645 wird die formelle Rechtskraft der Urtheile geregelt, von welcher in der Regel deren Vollstreckbarkeit abhängt. Dagegen beschäftigt sich § 293 mit der materiellen Rechtskraft insofern als durch denselben festgestellt wird, in welchem Umfange die Urtheile der Rechtskraft fähig sind. Da das rechtskräftige Urtheil eines deutschen Gerichts die exceptio rei judicatae für das gesammte Gebiet des deutschen Reichs begründet, soll unter Beseitigung der in den verschiedenen zum deutschen Reiche gehörigen Territorien bestehenden Kontroversen der Umfang der Rechtskraft nach gemeinsamen Grundsätzen beurtheilt werden. (M. 482.) Mit den Voraussetzungen der materiellen Rechtskraft (Identität der Streitsache und der Parteien) und mit den Wirkungen derselben beschäftigt sich die C.-P.-O. nicht. Vielmehr ist in dieser Beziehung das bürgerliche Recht entscheidend.[1]) Da lediglich über den mit der Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch, nicht über die einzelnen Rechtsbehelfe entschieden wird, durch welche die Klage begründet werden soll, versteht es sich übrigens von selbst, dass dieser Anspruch, durch den Prozess konsumirt wird und der mit einer dinglichen Klage rechtskräftig abgewiesene Kläger nicht mehr auf Grund einer anderen Begründung klagen kann.[2]) Als regelmässige Wirkung der materiellen

[1]) Das R.-G. hat durch Urtheil vom 28. Dez. 1880 (Entscheid. Bd. III S 290 ff.) erkannt, dass die Frage, welches die Voraussetzungen für die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache sind, nach dem Recht desjenigen Gerichts entscheidend vor dem die Einrede vorgeschützt wird.

[2]) V. die Abh. des Verf. in Busch's Zeitschr. Bd. IV. S. 385 insbes. S. 403 ff.

Rechtskraft erscheint abgesehen von dem Anspruch des Siegers auf den Vollzug des Urtheils, zu dessen Realisirung das Vollstreckungsverfahren dient, die Einrede der rechtskräftig abgeurtheilten Sache. Durch diese Einrede wird ebenso wie durch die der Rechtshängigkeit (§ 235), an deren Stelle sie tritt wenn die Rechtshängigkeit durch den Eintritt der Rechtskraft aufhört, die wiederholte Erhebung desselben Anspruchs gehindert. Besondere Vorschriften über die Wirkungen der Rechtskraft enthalten die §§ 236 (Abs. 3) und 753 (Abs. 4), nach denen sich die Rechtskraft einer Entscheidung auch auf Dritte erstrecken kann.

2) Bezüglich des Umfangs der Rechtskraft vertrat im gemeinen Rechte Savigny (System des röm. Rechts Bd. VI, S. 350 ff., 429 ff., 451 ff.) die Ansicht, dass auch die in den Entscheidungsgründen enthaltenen „Elemente des Urtheils" d. h. diejenigen Bestandtheile der Gründe, welche Entscheidungen enthalten, in Rechtskraft erwachsen könnten. Dagegen sollte nach einer anderen Auffassung die Rechtskraft nur bezüglich solcher Entscheidungen eintreten, die sich auf einen konkreten Klageanspruch beziehen, nicht auf Entscheidungen über bestimmte Thatsachen oder Rechtselemente bezw. über Präjudizialpunkte. (V. insbes. Wetzell Civilpr., Ausg. II. S. 518 ff. und 532 ff. und Unger östr. Privatrecht Bd. II. S. 615 ff.) In Preussen hielt das Obertribunal daran fest, dass die Rechtskraft nur der in dem Tenor des Urtheils enthaltenen Entscheidung zukomme und zwar nur der Entscheidung über diejenigen Ansprüche, welche den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildeten, sowie über die Präjudizialpunkte, welche abgesondert instruirt würden. Bei Aufstellung des Entwurfs zur C.-P.-O. hat man sich nach dem Vorgange des nordd. E. (§ 359 Abs. 1), bei dessen Berathung die Anfangs angenommene Theorie von Savigny nach längerem Kampfe verworfen wurde,[1]) den Gegnern von Savigny und damit auch der bisher in Preussen und in Frankreich herrschenden Ansicht insofern angeschlossen als nur derjenige Theil des Urtheils Rechtskraft erlangen kann, durch den über einen durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden wird. (M. 482—483.) In der J.-K. versuchte zwar Struckmann, der Theorie von Savigny Geltung zu verschaffen indem er beantragte, § 293 dahin zu ändern: „Urtheile sind der Rechtskraft insoweit fähig, als über den durch Klage, Einrede oder Widerklage erhobenen Anspruch und über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses, welches ganz oder theilweise jenen Anspruch bedingt, entschieden ist." Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. (K. 106—108.) Ob über ein bestimmtes, für die Entscheidung der Hauptsache präjudizielles, Rechtsverhältniss eine der Rechtskraft fähige Entscheidung erlassen werden soll, liegt übrigens nach § 253 lediglich in der Hand der Parteien. Materiell kann also das Ergebniss, das durch die Theorie von Savigny erreicht werden soll, in jedem einzelnen Falle durch Klagerweiterung oder Widerklage herbeigeführt werden. Die C.-P.-O. lässt aber nicht das Gesetz,

[1]) V. hierüber n. Pr. S. 593—594, 605—609 und 789—794. Ueber den Gang der Verhandlungen, bei welcher die Anfangs von der Mehrheit der Kommission angenommene Savigny'she Theorie schliesslich aufgegeben wurde, hat der Verfasser ausführlicher berichtet in einer Abhandlung in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess von Busch Bd. I S. 93 ff. insbes. S. 98 ff.

sondern den Willen der Parteien darüber bestimmen, was mit einer über den Bereich des Prozesses hinausreichenden Rechtskraft entschieden werden soll. (M. a. a. O.)

3) Die materielle Rechtskraft erstreckt sich, soweit nicht Abs. 2 zur Anwendung kommt, lediglich auf die Entscheidung über den mit der Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch (Bem. II, 1 zu § 136). Der materiellen Rechtskraft fähig sind nur die Endurtheile, zu denen auch die Theilurtheile gehören, nicht aber die Zwischenurtheile. Aber auch die Endurtheile sind der materiellen Rechtskraft nur insoweit fähig als über den Anspruch selbst, nicht soweit über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel insbesondere über Einreden und Präjudizialpunkte entschieden wird. Auch wenn eine Klage wegen einer prozesshindernden oder einer ähnlich wirkenden Einrede angebrachter Maassen abgewiesen wird ohne dass das Gericht in der Sache selbst entscheidet, liegt eine rechtskräftige Entscheidung über den streitigen Anspruch nicht vor. Endlich sind Entscheidungen über blosse Thatsachen nicht der materiellen Rechtskraft fähig.[1])

4) Der Entwurf enthielt als Abs. 3 des § noch die Vorschrift: „Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, dass die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist.“ Durch dieselbe sollte einem übertriebenen Formalismus entgegengetreten und die preussische und französische Praxis beseitigt werden. (M. 483.) In der J.-K. bemerkte Direktor von Amsberg: „Regelmässig werde der der Rechtskraft fähige dispositive Theil räumlich von den Entscheidungsgründen gesondert zur Erscheinung kommen. Aber auch das sei möglich, dass sich eine dispositive Entscheidung z. B. im Falle des § 253 in den Gründen befinde und sie bloss desswegen von der Rechtskraft zu eximiren, heisse die Form doch allzusehr betonen.“ Abs. 3 wurde jedoch auf Antrag von Bähr gestrichen, der bemerkte: „Es sei unverkennbar, dass für den Sinn der Entscheidung die Entscheidungsgründe von Bedeutung sein könnten. Die Entscheidung selbst aber müsse in der Urtheilsformel vereinigt sein, sonst entstehe die grösste Unklarheit und Unsicherheit.“ Vorher hatte Gneist in ähnlicher Weise hervorgehoben: „Abs. 3 des E. scheine ihm bedenklich, weil hienach eine Vermengung des dispositiven Theils des Urtheils mit den Entscheidungsgründen vorkommen könne, die Unklarheiten im Gefolge habe.“ Hienach muss es als die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden, dass nur die in dem verfügenden Theil des Urtheils (der Urtheilsformel) enthaltene Entscheidung der Rechtskraft fähig ist, die Entscheidungsgründe dagegen wohl zur Erläuterung der getroffenen Verfügung benützt werden aber nie Rechtskraft erlangen können.[2]) (V. jedoch Bem. II.) Wurde über einen erhobenen Anspruch in der Urtheilsformel nicht erkannt, so

[1]) V. auch Seuffert S. 360; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 277; Gaupp II S. 176.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 277; Seuffert S. 358; Puchelt Bd. II S. 114. Seuffert S. 358; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 383; Endemann II S. 137; von Sarwey S. 447 ff.; Gaupp Bd. II S. 176; Fitting Lehrb. § 61 S. 218; Bolgiano, Handbuch S. 366 ff.; Wach, Vorträge S. 107 ff.

kann hienach die Ergänzung des Urtheils (§ 292) auch dann verlangt werden wenn die Gründe eine Entscheidung über den fraglichen Streitpunkt enthalten.

II. Besondere Vorschrift bezüglich der durch Einrede geltend gemachten Gegenforderungen. (Abs. 2.)

Wird wegen einer Gegenforderung Widerklage erhoben, so findet Abs. 1 des § Anwendung. Dagegen bezieht sich die darin enthaltene Vorschrift nicht auf die Fälle, in denen eine Gegenforderung lediglich mittelst Einrede geltend gemacht, also nicht ein besonderer Anspruch erhoben sondern nur die Abweisung der Klage verlangt wird. Wenn eine Gegenforderung zur Kompensation benützt wird besteht aber ein besonderes Verhältniss, da im Falle der Aufrechnung sich nicht bloss die Hauptforderung um den aufgerechneten Betrag vermindert sondern auch die Gegenforderung selbst zu bestehen aufhört soweit sie zur Aufrechnung verwendet wird. Thatsächlich wird durch die Entscheidung über die Hauptforderung, welche auf Grund der Kompensationseinrede erfolgt, auch über die Gegenforderung entschieden. Mit Rücksicht darauf wurde in Abs. 2 des § nach dem Vorgang des nordd. Entwurfs (§ 359 Abs. 3) festgesetzt, dass die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung auch dann Rechtskraft erlangen kann, wenn wegen derselben keine Widerklage erhoben wurde. In dieser Beziehung ist es denn auch nicht erforderlich, dass über die Gegenforderung ausdrücklich im verfügenden Theil des Urtheils erkannt wird. In der Entscheidung über die Hauptforderung ist diejenige über die Gegenforderung enthalten.[1]) Es ist jedoch die Entscheidung nur insoweit der Rechtskraft fähig als es sich um den zur Kompensation benützten Theil der Gegenforderung handelt. Wird wegen einer Forderung von zweitausend Mark Klage erhoben und behauptet, diese Forderung sei durch Kompensation mit einer Gegenforderung von fünftausend Mark erloschen, so kann hienach die Entscheidung über die Gegenforderung, falls nicht Widerklage erhoben wird, nur bezüglich des Betrags von zweitausend Mark Rechtskraft erlangen. Dagegen wird das Bestehen der Gegenforderung, soweit es sich um die weiteren dreitausend Mark handelt, durch die ergehende Entscheidung nicht berührt. Auch wenn die Gegenforderung ganz anerkannt wird, kann die Entscheidung nur bis zur Höhe desjenigen Betrags Rechtskraft erlangen, mit dem aufgerechnet werden sollte. Nur dieser Betrag wurde im Prozess eingesetzt. Die entgegengesetzte Ansicht ist mit dem Wortlaut des Abs. 2 nicht zu vereinbaren.[2]) Die in Abs. 2 enthaltene Vorschrift findet Anwendung, sofern über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung entschieden worden ist, also nicht bloss wenn die Kompensationseinrede für begründet erklärt sondern auch wenn dieselbe verworfen wurde, weil die Gegenforderung nicht bestehe. Erfolgte eine

[1]) V. Seuffert, Wilmowski-Levy, Fitting, Gaupp, Bolgiano a. a. O.. A. M. sind anscheinend Struckmann und Koch S. 277.

[2]) V. auch Herzog in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 416 ff.; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 288; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 384; von Sarwey I S. 448; Endemann II S. 139. A. M. sind Seuffert S. 360; Fitting Lehrbuch § 61 S. 218, Zeitschrift f. d. Civilprozess Bd. II S. 266 ff.

Zurückweisung der Einrede, weil die Gegenforderung sich nicht zur Kompensation eigne, so ist die Anwendung des Abs. 2 ausgeschlossen. Aus der Vorschrift des Abs. 2 darf nicht geschlossen werden, durch die Geltendmachung der Kompensationseinrede werde bezüglich der Gegenforderung Rechtshängigkeit begründet. Vielmehr tritt diese erst im Augenblick der unter § 293 Abs. 2 fallenden Entscheidung ein. (Bem. III, 3 zu § 136.)

§ 294.

Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.

Die Vorschriften der §§ 280, 281 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§ 283, 288 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden, sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwenduug.

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

(E. § 284. M. 483. K. 108.)

Durch § 294 wird die Art und Weise geregelt, in welcher gerichtliche Beschlüsse und Verfügungen d. h. solche Anordnungen, welche nicht als Urtheile (§§ 272—276) erscheinen, den Parteien bekannt zu machen sind. Als Beschlüsse werden nach dem Sprachgebrauch der C.-P.-O. die Anordnungen des Gerichts, als Verfügungen die des Vorsitzenden sowie des beauftragten oder ersuchten Richters bezeichnet. Solche Beschlüsse, welche auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, müssen ebenso wie Urtheile verkündet werden und es gelten für sie die in den §§ 280 und 881 enthaltenen Vorschriften. Die nicht zu verkündenden Beschlüsse und die Verfügungen des Vorsitzenden sowie beauftragten oder ersuchten Richters müssen den Parteien von Amtswegen zugestellt werden, soweit sich aus den Bestimmungen der C.-P.-O. nicht etwas Anderes ergibt. Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind von Amtswegen zuzustellen, sofern sie nicht verkündet wurden. (Bem. 6 zu §§ 98 ff.) Die Beschlüsse, durch welche eine Pfändung oder ein Arrest zugelassen wird, sind nach den §§ 730 und 802 nicht von Amtswegen sondern auf Anstehen des Gläubigers zuzustellen. Ebenso bestehen Abweichungen hinsichtlich der Zustellung des im Mahnverfahren erlassenen Zahlbefehls und Vollstreckungsbefehls. (V. die Bem. zu den §§ 633 und 639.) Im Beschwerdeverfahren kommt § 294 Abs. 3 zur Anwendung, obgleich die Vorschriften des allgemeinen Theils auf dieses Verfahren nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt worden sind, weil die Bestimmung des

§ auf dem allgemeinen Grundsatz des modifizirten Parteibetriebs beruht und der Grund des Gesetzes auch bei den im Beschwerdeverfahren erlassenen Beschlüssen zutrifft.[1]) Dass der ergangene Beschluss immer beiden Parteien bezw. den bei dem Verfahren betheiligten Personen zugestellt werden muss, ist durch § 294 nicht gesagt. Wird ein Antrag auf einseitiges Gesuch hin zurückgewiesen, so ist eine Zustellung an den Gegner nicht erforderlich. Insbesondere gilt dies von der Zurückweisung eines Armenrechtsgesuchs. (Bem. 1 zu §§ 117 ff.) Sofern die Vorschrift des § zutrifft, entspricht übrigens nur die von Amtswegen erfolgte Zustellung den gesetzlichen Bestimmungen. Eine auf Anstehen der Partei erfolgte Zustellung ist als eine Zustellung im Sinne des Gesetzes nicht anzusehen.[2]) Bezüglich der §§ 283 und 288, deren Geltung durch Abs. 2 des § auf Beschlüsse und Verfügungen erstreckt wird, ist auf die dort gegebenen Erläuterungen zu verweisen. Die in § 294 nicht ausdrücklich auf Beschlüsse für anwendbar erklärten Bestimmungen, welche von den Urtheilen handeln, dürfen auf Beschlüsse nicht analog angewandt werden, insbesondere nicht die in §§ 282 und 286. (Bem. zu § 282 und Bem. 4 zu § 286.) Die den Gerichten durch § 290 eingeräumte Befugniss findet bei gewöhnlichen Beschlüssen ohne Weiteres Anwendung, weil die Gerichte an diese Beschlüsse nicht gebunden sind. Aber auch soweit wegen der sofortigen Beschwerde eine Abänderung des Beschlusses ausgeschlossen ist, muss § 290 zur Anwendung kommen, weil er nur eine an sich schon zustehende Befugniss ausdrücklich anerkennt.[3])

Dritter Titel.

Versäumnissurtheil.

(§§ ~~529~~ 295—312.)

Vorbemerkungen.

1) Während die §§ 208—210 die Folgen der Versäumung einer Prozesshandlung im Allgemeinen ordnen, wird hier die totale Versäumung der Verhandlung, welche die Voraussetzung und Grundlage des Versäumnissurtheils bildet, geregelt. Da das Versäumnissurtheil nur eine besondere Art der Urtheile ist, auf welches die allgemeinen Vorschriften über diese Anwendung finden, wurden nur solche Bestimmungen aufgenommen, welche in den Besonderheiten des Versäumnissurtheils ihren Grund haben.

2) Jedes Versäumnissurtheil setzt zunächst voraus, dass bei der vorausgegangenen mündlichen Verhandlung eine Partei nicht gehört worden ist

[1]) V. Fortenbach im würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 35 ff.

[2]) V. hiezu R.-G. 11. Jan. 1881, Entscheid. III S. 375, wo entschieden wurde, dass die Nothfrist für die sofortige Beschwerde nicht läuft, wenn die Zustellung der Vorschrift des § 294 zuwider durch die Partei bewirkt wurde.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 279; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 385; von Sarwey I S. 449.

weil sie im Verhandlungstermine ausblieb oder nicht verhandelte ausserdem aber, dass der Gegner den Erlass des Versäumnissurtheils beantragt hat. Das Versäumnissurtheil beruht hiernach auf der alleinigen und ausschliesslichen Grundlage totaler Versäumung eines Verhandlungstermines seitens einer Partei, so dass ein Urtheil, welches nur theilweise die Versäumung einer Partei zu seiner Grundlage hat z. B. den Mangel einer Erklärung über vom Gegner behauptete Thatsachen, produzirte Urkunden, zugeschobene Eide u. s. w., kein Versäumniss- sondern ein kontradiktorisches Urtheil ist. Der richterliche, die Versäumung feststellende Ausspruch ergeht aber auch nur in Gestalt eines Versäumungsurtheils also auf Ausbleiben resp. Nichtverhandeln einer Prozesspartei in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmt gewesenen Termine, während die nachtheiligen Folgen versäumter Fristen oder des unvollständigen Handelns innerhalb der Verhandlung (der partiellen Versäumung) ohne richterlichen Ausspruch ins Leben treten und lediglich Prozessmaterial für das künftig ergehende Urtheil zu schaffen geeignet sind (M. 483). Dass ein und dasselbe Urtheil bezw. ein und derselbe Theil desselben zu gleicher Zeit als kontradiktorisch und als Versäumnissurtheil zu gelten hat, kann hienach nicht vorkommen. Es wurde als unhaltbar erachtet, „dasselbe Urtheil theilweise in dem einen, theilweise in dem anderen Sinne aufzufassen, gegen einen Theil desselben den Einspruch zuzulassen, gegen einen anderen nicht." (M. a. a. O.). Dass ein Theil der vom Kläger erhobenen Ansprüche durch Versäumnissurtheil zugesprochen wird, während im Uebrigen Abweisung der Klage erfolgt, ist nach § 296 Abs. 2 wohl möglich. Ebenso kann nach § 318 Abs. 2 bezüglich einzelner Ansprüche ein gewöhnliches Theilurtheil hinsichtlich anderer ein Versäumnissurtheil ergehen. Es kann also eine von mehreren, in einem Urtheile enthaltenen, Entscheidungen durch Versäumnissurtheil erlassen werden und dem Einspruch unterliegen, während andere Entscheidungen nicht durch Einspruch angefochten werden können. Durch § 486 ist eine Vorschrift für die Behandlung solcher Fälle gegeben, in denen gegen ein und dasselbe Urtheil Berufung und Einspruch eingelegt worden ist.

3) Für das Versäumnissverfahren der C.-P.-O. ist es auf der einen Seite charakteristisch, dass bei dem Ausbleiben oder Nichthandeln des Klägers ein Verzicht auf den Anspruch, bei der Versäumniss des Beklagten ein Zugeständniss der vom Kläger behaupteten Thatsachen angenommen wird. (§§ 295, 296.) Andrerseits kommt in Betracht, dass das Versäumnissurtheil einen rein formalen und vorläufigen Charakter hat und durch Einspruch auf einfache Weise beseitigt werden kann. Durch diese Androhung leicht realisirbarer Rechtsnachtheile, die aber ebenso leicht wieder beseitigt werden können, unterscheidet sich das System der C.-P.-O. insbesondere von dem des gemeinen Prozesses. Die Vorschriften des französischen Rechts und der bayr. Prozesshandlung (Art. 245), nach welchen durch die Hinterlegung der motivirten Anträge die Sache kontradiktorisch wird derart, dass ein später ergangenes Urtheil auch wenn der Anwalt der Partei nicht aufgetreten ist, nicht als Versäumnissurtheil angesehen wird, wurden in die C.-P.-O. nicht aufgenommen. Vielmehr ist immer nur die mündliche Verhandlung entscheidend. Da die C.-P.-O. ein rechtskräftiges Beweisurtheil und die damit zusammenhängende Trennung des Prozesses in zwei Theile nicht kennt, vielmehr dem Grund-

satz der Einheit der mündlichen Verhandlung huldigt (Bem. 4 zu § 119 und Bem. I zu § 251 ff.), treten die vollen Wirkungen der totalen Versäumung eines Verhandlungstermins auch dann ein, wenn vorher ein Beweisverfahren stattgefunden hat und dessen Ergebniss der ausbleibenden Partei günstig war (§ 297). (Vgl. jedoch Bem. 3 zu §§ 295 ff.) Die Folgen der Versäumniss können hienach bis zu der dem Urtheil unmittelbar vorhergehenden Verhandlung Platz greifen. Sie sind aber nicht eher verwirkt, bis der Antrag auf Erlass des Versäumnissurtheils gestellt und die Verhandlung darüber geschlossen ist. Diese Folgen treffen übrigens gleichmässig die ladende wie die geladene Partei (§ 191, Bem. 3 zu §§ 390 ff.)

§ 295.

Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnissurtheil dahin zu erlassen, dass der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

§ 296.

Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnissurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennan, soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

§ 297.

Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

§ 298.

Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

§ 299.

Wenn eine Partei in einem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen

nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

(E. § 285—289. M. 483—485. K. 109—115 und 119—123.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Wenn ein Termin versäumt wird, der zur mündlichen Verhandlung bestimmt war, so kann, gleichviel ob der Kläger oder der Beklagte den Termin versäumte, vom Gegner immer ein Versäumnissurtheil beantragt werden und es sind, falls ein solcher Antrag gestellt wird, die §§ 295 bezw. 296 zur Anwendung zu bringen, insoweit nicht die Voraussetzungen des § 300 oder des § 302 vorliegen. Dagegen kann ohne einen ausdrücklichen in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Gegners ein Versäumnissurtheil nicht ergehen. (K. S. 114 ff.) Vielmehr ruht das Verfahren dann, sofern nicht auf Antrag des Gegners oder von Amtswegen eine Verlegung des Termins erfolgt.

2) Ob eine Partei den festgesetzten Termin wegen Nichterscheinens versäumt hat, ist nach § 197 zu beurtheilen, nach welchem der Termin mit dem Aufruf der Sache beginnt, aber nur dann versäumt ist, wenn die Partei bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt hat. Im Anwaltsprozess kann die Partei zufolge des Anwaltszwangs nicht selbst verhandeln, ist demnach als nicht erschienen zu betrachten, wenn sie einen Anwalt nicht aufgestellt hat. Ist von mehreren Streitgenossen einer nicht erschienen, so kann in der Regel gegen ihn ungeachtet des Erscheinens der Uebrigen Versäumnissurtheil erlassen werden. (§ 58.) Nur falls § 59 zur Anwendung kommt, wird er durch die nicht säumigen Streitgenossen vertreten. Dem Nichterscheinen einer Partei steht nach § 298 das Nichtverhandeln gleich. Dasselbe liegt nicht nur dann vor, wenn die Partei oder der Prozessbevollmächtigte ausdrücklich erklärt, nicht verhandeln zu wollen oder gar keine Erklärung abgibt sondern auch dann, wenn lediglich eine Vertagung beantragt, die Verhandlung zur Sache, zu der hier auch das Vorbringen von prozesshindernden Einreden gehört, aber verweigert oder unterlassen wird.[1]) Bezüglich der Vereinbarung steht das Nichtverhandeln dem Nichterscheinen gleich. Die Partei, welche nicht verhandelt, hat ebenso wie diejenige, welche nicht erscheint (Bem. 4 zu §§ 38, 39) ein Recht darauf, dass die Zuständigkeit von Amtswegen geprüft werde.[2]) Ein Versäumnissurtheil ist nicht zu erlassen, wenn die Partei in die Verhandlung eingetreten ist, jedoch über bestimmte Thatsachen u. s. w. eine Erklärung nicht abgegeben hat. (Vorbem. 2, M. 485). Die Vorschrift des § 299 wurde in den Motiven (a. a. O.) durch die praktische Unmöglichkeit, einem und demselben Urtheil den Charakter eines kontradiktorischen und eines auf Versäumniss ergangenen Urtheils beizulegen (Vorbem. 2) und die andernfalls zu erwartende Verwirrung des Verfahrens und Verzögerung der Prozesse gerecht-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 285; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 393, 394; Gaupp II S. 191, 192.

[2]) V. auch die Abhandl. des Verfassers in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 245 ff. auf S. 251; ferner Gaupp II. S. 192, 193. A. M. ist Wach im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 389.

fertigt. Ob eine Partei gar nicht oder nur unvollständig verhandelt hat, ist eine thatsächliche, im einzelnen Falle zu entscheidende, Frage. (M. a. a. O.) Hat eine Partei lediglich die Vertagung beantragt, sich aber nach Ablehnung ihres Antrags nicht auf die Verhandlung eingelassen, so muss § 298 zur Anwendung kommen.[1]) Das Verlesen bezw. Stellen des Antrags (§ 128) kann unter Umständen als ein unvollständiges Verhandeln angesehen werden. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn die Partei nur ihren Antrag vorgebracht und dabei erklärt hat, sie habe demselben nichts beizufügen oder, sie überlasse die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts. Hat aber der Beklagte lediglich der Vorschrift des § 128 entsprechend seinen Antrag gestellt, ehe der Kläger mit seinem Vortrag begann und dann nach Verwerfung eines Vertagungsantrags, den er während des Vortrags des Klägers oder nach Beendigung desselben stellte, erklärt, nicht zur Sache zu verhandeln oder sich entfernt, so liegt der Fall einer vollständigen Versäumung vor. Das blosse Stellen oder Verlesen des Antrags nach § 128 ist kein Verhandeln im Sinne des § 298. (V. auch § 42.) Auch war es keineswegs die Absicht des Gesetzgebers, dass das Verfahren wie im französischen Prozess durch das blosse Verlesen der Anträge kontradiktorisch werden solle. (M. 393 ff.; f. 443, 444, 483, 485.) [2]) Die Partei, welche von dem ihr nach § 248 zustehenden Rechte Gebrauch machte, auf Grund von prozesshindernden Einreden die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern und, wenn über diese Einreden entschieden ist, sich entfernt oder nicht weiter an der Verhandlung betheiligt, hat wohl bezüglich der prozesshindernden Einrede, nicht aber zur Hauptsache verhandelt.[3]) Im amtsgerichtlichen Verfahren muss das Vorschützen von prozesshindernden Einreden als ein theilweises Verhandeln gelten sofern das Gericht nicht die abgesonderte Verhandlung über die Einreden angeordnet hat. (§ 465.)[4]) Ist der Verklagte auf die Verhandlung in die Hauptsache eingegangen, so hat er, obgleich unvollständig doch immerhin verhandelt. Wenn das Gericht einen Vertagungsantrag desselben verwirft und er sich entfernt, ist das ergehende Urtheil sonach nicht als Versäumnissurtheil anzusehen.[5])

3) Dass das Ausbleiben oder Nichtverhandeln auch dann den Erlass eines Versäumnissurtheils mit den in den §§ 295 und 296 festgesetzten Wirkungen zur Folge haben kann, wenn bereits früher eine Verhandlung über die Sache oder ein Beweisverfahren stattgefunden hat (Vorbem. 3) geht mit Bestimmtheit aus der Vorschrift des § 297 hervor. Der Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils kann hienach noch in der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, gestellt werden und es wird durch dasselbe die säumige Partei

[1]) V. Seuffert S. 368; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 285; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 393, 394; von Sarwey I S. 457; Fitting § 63 S. 227; Hellmann II S. 174.

[2]) So auch: Kleiner II S. 214; Gaupp II S. 191. V. dag.: Fitting a. a. O.; O.-L.-G. Nürnberg 19. Nov. 1880, Zeitschr. für d. Civilprozess Bd. IV S. 444 ff.

[3]) So auch Obermeyer in den Blättern für Rechtsanw. J. 46 S. 369 ff. und wohl auch Seuffert S. 568. A. M. sind Hellmann II S. 17 ; von Sarwey I S. 457; von Bülow S. 202.

[4]) V. Seuffert umd von Sarwey a. a. O.

[5]) V. dag. Pfizer a. a. O., insbes. S. 27 ff.

aller der Vortheile verlustig, welche ihr aus den früheren Verhandlungen bezw. aus dem Beweisverfahren hätten erwachsen können wenn sie erschienen wäre bezw. verhandelt hätte. Ja selbst Zwischenurtheile, Urtheile über prozesshindernde Einreden u. s. w. können, wenn sie auch nicht direkt aufgehoben werden, mittelbar durch das ergehende Versäumnissurtheil, welches das Unterliegen in der Hauptsache zur Folge hat, ihre Bedeutung verlieren, die freilich sofort wieder eintritt, wenn der Prozess durch Erhebung des Einspruchs in die frühere Lage zurückgebracht wird (§ 307). Ist ein bedingtes Endurtheil erlassen und nach erlangter Rechtskraft desselben der auferlegte Eid ausgeschworen oder verweigert worden, so kommen die §§ 428 und 429 auch dann zur Anwendung, wenn bei der Schlussverhandlung eine der Parteien nicht erscheint. Gegenüber den durch rechtskräftiges Urtheil festgesetzten Folgen der Eidesleistung bezw. Verweigerung derselben müssen die in den §§ 295 und 296 festgesetzten Versäumnissfolgen zurücktreten. Es kann nicht, wie wenn durch Beweisbeschluss auf Eid erkannt war, die frühere Verhandlung und das Urtheil, durch welche ein bestimmter Prozessabschnitt abgeschlossen wurde, ignorirt werden. (§ 297.) Sollte die Partei, gegen welche §§ 428 oder 429 angerufen werden kann, allein verhandeln, so ist auf das bedingte Endurtheil und dessen Erledigung Rücksicht zu nehmen. Bleibt diese Partei aus, so sind die erwähnten §§, nicht die §§ 295, 296 gegen sie zur Anwendung zu bringen. Ein Wahlrecht steht dem Gegner nicht zu. [1]) Immerhin ist aber in dem letzteren Falle das ergehende Urtheil als Versäumnissurtheil anzusehen, gegen das der Einspruch zusteht. Die Partei, gegen welche die §§ 428, 429 angewandt wurden ohne dass sie gehört worden ist, hat Anspruch auf eine abermalige Verhandlung, bei der sie darlegen kann, dass sie mit Unrecht verurtheilt wurde. Wenn auch bei dem sogen. Purifikationsurtheil in der Regel nur die bereits im bedingten Urtheil festgestellten Folgen auszusprechen sind und das Ausbleiben nicht die in den §§ 295 ff. vorgeschriebenen Wirkungen hat, so können doch auch hier Missgriffe vorkommen. Diese zu beseitigen, muss der Ausgebliebene befugt sein und das richtige Mittel hiezu ist der Einspruch. Es ist nicht abzusehen, warum dieser ausgeschlossen sein soll, obgleich im Falle der kondradiktorischen Verhandlung Berufung zulässig ist und, wenn von dieser Gebrauch gemacht wird, es auch in der Berufungsinstanz zu einem Versäumnissurtheil und zum Einspruch kommen kann. [2]) Versäumt die Partei die Einspruchsfrist, so steht ihr das Rechtsmittel der Berufung nicht zu. (§ 474.) Aehnlich wie hier liegt die Sache wenn ein Verzicht oder Anerkenntniss erfolgt ist, darauf hin aber eine Vertagung eintritt. Es kann die erschienene Partei in der späteren Verhandlung die Anwendung des § 277 oder

[1]) So auch: Wach Vorträge S. 141; Fitting § 56 IV. Aufl. S. 202; Birkmeyer in der meckl. Zeitschrift für Rechtspfl. u. Rechtsw. I S. 1 ff.; bes. S. 47 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 525; Juristenzeit. IV S. 599 (anhalt. L.-G.). V. dagegen: Seuffert S. 504, Hellmann II S. 344; Gaupp Bd. II S. 407 und 412; Voss bei Rassow u. Küntzel Bd. 24 S. 233 und 242.

[2]) V. Fischer bei Rassow und Küntzel Bd. 24 S. 843; f. Vierhaus, Formularbuch S. 26 Bem. 3 zu Formular 30. A. M. sind: Wach, Fitting, Birkmeyer und Wilmowski-Levy a. a. O.

278 auch dann beantragen, wenn der Gegner ausgeblieben ist. (Bem. 2 zu §§ 277 ff.) Das ergehende Urtheil ist aber dessen ungeachtet als Versäumnisurtheil anzusehen, gegen das Einspruch stattfindet. [1])

II. Versäumnissurtheil gegen den Kläger. (§ 295.)

1) Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen ein Versäumnissurtheil gegen den Kläger zu erlassen ist, so muss die Klage abgewiesen werden ohne dass eine sachliche Prüfung derselben vorzunehmen ist. Das Gesetz geht von der Voraussetzung aus, dass Kläger seinen Anspruch nicht aufrecht erhalten wolle sondern auf denselben verzichte. (M. 483.) Es hat sich desshalb nicht mit der Bestimmung begnügt, dass der Beklagte von der Instanz zu entbinden oder die Klage für nicht angebracht zu erachten sei sondern schreibt vor, dass über den Klagantrag selbst erkannt und derselbe abgewiesen werde. Bezüglich des Klägers ist allerdings eine Ladung nicht erforderlich. (Bem. I. 3 zu § 300 ff.) Es ist aber, damit gegen denselben Versäumnissurtheil ergehen kann, nothwendig, dass die Klageschrift zugestellt wurde. Dies muss der Beklagte nachweisen Durch die blosse Terminsbestimmung wird die Sache nicht anhängig. [2]) Wenn ein Versäumnissurtheil die Rechtskraft erlangt, erwächst aus demselben die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegen die wiederholte Geltendmachung des abgewiesenen Anspruchs. In der J.-K. wurden zwar verschiedene Anträge gestellt, durch welche das im § enthaltene strengere Präjudiz beseitigt und dem Grundsatz Geltung verschafft werden sollte, dass die Klage wenn der Kläger nicht erscheine als zurückgenommen gelte. Sämmtliche Anträge wurden aber abgelehnt.

2) Die Vorschrift des § 295 findet entsprechende Anwendung auf den Widerkläger. (§ 312.) Wenn der Beklagte nicht erscheint, ist desshalb die von ihm erhobene Widerklage auf Antrag abzuweisen während bezüglich der Klaganträge § 296 zur Anwendung kommt. Es wird jedoch hier vorausgesetzt, dass die Widerklage bereits in einer früheren Verhandlung erhoben worden ist. Ist dieselbe lediglich in einem vorbereitenden Schriftsatz angekündigt, so ist dadurch die Rechtshängigkeit bezüglich derselben noch nicht begründet. Sie kann also nicht abgewiesen werden, sondern ist gar nicht zu berücksichtigen.[3]) (Wegen des Ausbleibens des Widerbeklagten vgl. Bem. III. 2.)

3) In welcher Fassung die Klage abzuweisen ist, richtet sich nach dem Antrage des Beklagten. Ist derselbe lediglich auf Abweisung der Klage gerichtet, so hat diese auch in allgemeiner Weise auf Grund des Nichterscheinens des Klägers zu erfolgen. Es ist damit, wenn auch keine sachliche Prüfung erfolgte und erfolgen durfte, die Klage als unbegründet erklärt und eine wiederholte Anstellung derselben im Falle der Rechtskraft des Versäumnissurtheils ausgeschlossen. Will aber der Beklagte selbst nicht die definitive Abweisung der

[1]) V. hiezu Fortenbach im würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 425.

[2]) V. L.-G. Chemnitz 9. Dez. 1879, Wenglers Archiv N. F. Bd. I S. 3, d. Juristenzeitung Bd. IV S. 518.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 281; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 390; Seuffert S. 365; von Sarwey I S. 451; Fitting, Lehrb. § 63 S. 230.

Klage, sondern beruft er sich nur darauf, dass der Anspruch zur Zeit nicht geltend gemacht werden könne, so ist die Klage auch nur „zur Zeit“ abzuweisen. Ebenso kann falls sich der Beklagte darauf beschränkt, die Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen, die Klage nur aus diesem Grunde abgewiesen werden. Wenn auch § 280 auf den hier in Frage stehenden Antrag nicht unmittelbare Anwendung findet, so muss doch der dort aufgestellte, auf der Verhandlungsmaxime beruhende, Grundsatz auch hier gelten und darf das Gericht nicht über den Antrag des Beklagten hinausgehen.[1]) Falls sich der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit für den Fall des Einspruchs wahren will, thut er wohl daran nur die Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit zu beantragen weil in dem Antrag, die Klage als unbegründet abzuweisen, eine Einlassung auf die Hauptsache (§ 39) gefunden werden kann.[2]) Dass dieser berechtigt ist, nur theilweise Abweisung der Klage zu beantragen, dagegen einen Theil des erhobenen Anspruchs oder einzelne von mehreren Ansprüchen anzuerkennen, versteht sich hienach von selbst. Geschieht dies, so wird der Prozess durch das Urtheil bloss insoweit beendigt als über die Klage entschieden worden ist. Dagegen ruht derselbe nach § 228 bezüglich des übrigen Inhalts der Klage. Eine Verurtheilung kann wegen des anerkannten Betrags nicht erfolgen, da der Antrag des Klägers fehlt. (§ 278.) Dieser kann aber den Prozess, soweit derselbe nicht erledigt ist, jederzeit weiter betreiben.[3])

Die Frage, ob das Gericht, wenn der Beklagte die definitive Abweisung der Klage auf Grund des § 295 verlangt, die Frage der Zuständigkeit zu prüfen hat, ist bezüglich derjenigen Fälle, in welchen die Zuständigkeit durch Vereinbarung begründet werden kann, zu verneinen. Der Kläger hat die Zuständigkeit des Gericht durch die Klage anerkannt und der Beklagte thut dies indem er sich darauf beschränkt, die Abweisung der Klage als unbegründet zu erlangen, wenigstens in vorläufiger Weise. Das Gericht kann nicht über den Antrag hinaus gehen.[4]) Dagegen muss das sachlich oder örtlich unzuständige Gericht in allen Fällen, in denen eine Vereinbarung unzulässig ist, die Klage auch dann wegen Unzuständigkeit zurückweisen ohne sich mit der Entscheidung der Sache selbst zu befassen, wenn der Beklagte diese Unzuständigkeit nicht geltend macht sondern eine definitive Entscheidung verlangt. Dies ergibt sich aus der rechtlichen Natur der betr. Vorschriften, welche in der öffentlichen Ordnung ihren Grund haben.[5]) Auch wenn das Gericht die Klage von Amtswegen zurückweist, liegt übrigens ein Versäumnissurtheil vor, gegen das dem Kläger das Recht des Einspruchs zusteht. Derselbe muss befugt sein, vor demselben Gericht, das ihn ohne ihn

[1]) V. auch: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 390; Seuffert S. 364; Endemann II S. 149; von Bülow S. 200; Bolgiano S. 430. A. M. sind Struckmann und Koch III. Aufl. S. 281; Fitting Lehrb. § 63 S. 229.

[2]) V. Schneider im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 420 ff; Schwalbach bei Rassow und Küntzel Bd. 26 S. 16. A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 388.

[3]) So auch Wilmowski-Levy a. a. O.;

[4]) V. dagegen Gaupp II S. 183.

[5]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 281; Wilmowsky-Levy II. Aufl. S. 389; Siebenhaar S. 343; Kleiner II S. 202 ff.; Fitting § 63 S. 229; Wach, Vortr. S. 132. A. M. sind Seuffert S. 365, Hellmann II S. 169; Gaupp II S. 183, 184.

in der mündlichen Verhandlung zu hören, zurückgewiesen hat, auszuführen, dass das Gericht wirklich zuständig und die Klage begründet ist. Er kann durch die von Amtswegen erfolgte Entscheidung nicht das Recht des Einspruchs verlieren, das ihm ausserdem unbestritten zustände. (V. Bem. II. 3.)[1])

III. Versäumnissurtheil gegen den Beklagten.

1) Wenn bezüglich des Beklagten die Voraussetzungen eines Versäumnissurtheils vorliegen, so muss das Gericht annehmen, dass das thatsächliche Vorbringen des Klägers von demselben zugestanden werde. Das Gesetz geht also nicht davon aus, dass der Beklagte die Klagthatsachen verneine sondern es wird eine bejahende Klagbeantwortung angenommen. Das Gericht darf auch dann keinen Beweis des klägerischen Vorbringens verlangen, wenn ihm die betreffenden Thatsachen als zweifelhaft erscheinen und kein Beweis angeboten ist. (M. 484.) Ist die Klage auch dann nicht begründet, wenn alles das, was der Kläger in thatsächlicher Beziehung behauptet, wahr ist, so muss dieselbe ungeachtet des Ausbleibens des Beklagten abgewiesen werden. Wird sie durch das thatsächliche Vorbringen nur theilweise gerechtfertigt, so ist der gestellte Antrag nur zuzusprechen, soweit er als begründet erscheint. Das Urtheil, durch welches die Klage abgewiesen wird, oder derjenige Theil desselben, welcher die gänzliche oder theilweise Abweisung eines klägerischen Anspruchs enthält, ist als Versäumnissurtheil im Sinne der C.-P.-O. nicht anzusehen. Es steht dem Kläger gegen die betr. Entscheidung kein Einspruch zu. Wohl aber kann derselbe unter den allgemeinen Voraussetzungen gegen ein solches Urtheil die Rechtsmittel der Berufung bezw. der Revision ergreifen.

2) Die Vorschrift des § 296 findet ebenso wie die des § 295 auf die Widerklage entsprechende Anwendung. (§ 312.) Wenn diese bereits bei einer früheren Verhandlung erhoben wurde, ist die Widerklage falls der Beklagte nicht erscheint, auf Antrag abzuweisen. Auch wenn der Kläger bei der ersten Verhandlung nicht erscheint, kann übrigens der Beklagte Widerklage erheben und falls er den Antrag (nach § 300) rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt hat, bezüglich derselben Versäumnissurtheil beantragen. Durch die Zustellung der Klageschrift hat der Beklagte das Recht auf die Erhebung der Widerklage erworben, das ihm der Kläger durch sein Ausbleiben ebensowenig entziehen kann wie durch die Zurücknahme der Klage. (Bem. 3 zu § 243.) Dass die Erhebung der Widerklage nur in Gegenwart des Klägers geschehen kann, ist nirgends gesagt. Vielmehr gilt bezüglich der Erhebung derselben lediglich § 251, nach dessen Vorschrift die Gegenwart des Gegners nicht vorausgesetzt wird.[2])

3) Das auf Grund des Ausbleibens des Beklagten anzunehmende Zugeständniss erstreckt sich nur auf das mündliche Vorbringen des Klägers bei der

[1]) A. M. sind Struckmann und Koch a. a. O.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 283; Seuffert S. 366; Hellmann II S. 172; von Sarwey I. S. 454; Fitting § 63 S. 230. A. M. sind Wach, Vorträge S. 41, 42; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 392; Puchelt II S. 139; Gaupp II S. 184; Löning in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 131, 132.

Verhandlung, nicht auf die Thatsachen, welche lediglich in der Klageschrift oder einem anderen vorbereitenden Schriftsatz aufgestellt, bei der mündlichen Verhandlung aber nicht mehr vorgebracht wurden. Sofern das Gericht solche bei der Verhandlung mit Stillschweigen übergangene Thatsachen für entscheidend hält, ist es aber geboten, von dem Fragerecht (§§ 127 und 130) Gebrauch zu machen und dadurch festzustellen, ob die betr. Thatsache wirklich nicht mehr behauptet wird oder es lediglich übersehen wurde, dieselbe vorzutragen. Auch das mündliche Vorbringen ist übrigens (nach § 300 Z. 3) nur insoweit als zugestanden anzusehen als dasselbe dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war. Ist dies bezüglich einer entscheidenden Thatsache nicht geschehen, so muss das Versäumte nachgeholt werden wenn der Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils Erfolg haben soll. Liegen die erwähnten Voraussetzungen vor, so müssen alle thatsächlichen Behauptungen als zugestanden gelten, welche die Zuerkennung des klägerischen Anspruchs rechtfertigen gleichviel ob sie sich auf den Grund der Klage oder die Zuständigkeit des Gerichts oder auf irgend einen anderen Punkt beziehen. Der Beklagte, der nicht erscheint, erkennt damit allerdings die Zuständigkeit des Gerichts nicht an. Es ist desshalb eine stillschweigende Vereinbarung mit Rücksicht auf sein Ausbleiben nicht anzunehmen. (Bem. 4 zu §§ 38 ff.) Vielmehr muss das Gericht gerade in diesem Fall seine Zuständigkeit von Amtswegen prüfen. (Bem. 4 zu §§ 38 und 39). Wenn aber der Kläger in einem rechtzeitig zugestellten Schriftsatz eine ausdrückliche Vereinbarung oder irgend eine andere Thatsache, aus welcher die Zuständigkeit des Gerichts folgt, behauptet hat, so müssen diese Thatsachen als zugestanden und festgestellt gelten und bei der Entscheidung zu Grund gelegt werden. Dass dies die Absicht des Gesetzes sei, wurde in der J.-K. unter Hinweisung darauf, dass in Preussen seit Menschenaltern die affirmative Litiskontestation mit auf diejenigen Thatsachen bezogen werde, durch welche die Kompetenz des Gerichts begründet werden solle und dass sich daraus irgend welche nachtheilige Folgen nicht ergeben hätten, von verschiedenen Seiten anerkannt. Auch wurden die Anträge von Wolffson und Bähr, durch welche dieser Grundsatz beseitigt werden sollte, von der Kommission abgelehnt. (K. 112—114.)[1])

4) Zu dem thatsächlichen Vorbringen, das als zugestanden gilt, sind nicht bloss rein thatsächliche Behauptungen zu rechnen. Vielmehr müssen auch Rechtsverhältnisse, auf welche sich der Kläger beruft, um dadurch den von ihm geltend gemachten Anspruch zu begründen, als zugestanden gelten. Wenn der Eigenthümer, Nutzniesser oder Besitzer einer Sache als solcher eine Entschädigungsklage erhebt, hat das Gericht zwar zu prüfen, ob der Entschädigungsanspruch als

[1]) V. hiezu die Abhandlung des Verfassers in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 245 ff. insbes. S. 254 ff. und die dort angeführten Schriftsteller, welche darin übereinstimmen, dass auch die auf die Zuständigkeit bezüglichen Thatsachen als zugestanden gelten. Auch Wach spricht sich im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 373 ff. insbesondere S. 393 dahin aus, dass § 296 auch auf die Kompetenzthatsachen bezogen werden müsse. Er macht aber geltend, damit sei auch für die von ihm aufgestellte Behauptung entschieden, dass die blosse Versäumniss eine stillschweigende Vereinbarung begründe.

begründet erscheint falls das behauptete Eigenthum und ebenso die geltend gemachte Rechtsverletzung zugestanden ist. Es hat aber nicht zu untersuchen, ob das zugestandene Eigenthums- oder Niessbrauchsrecht u. s. w. auch wirklich zu Recht bestehe und kann nicht verlangen, dass die Thatsachen, aus denen das Eigenthumsrecht des Klägers bezw. seiner Rechtsvorgänger abgeleitet wird, in der Klage im Einzelnen behauptet und in dieser Weise alle Rechtsverhältnisse in ihre thatsächlichen Bestandtheile aufgelöst werden. Ebenso muss es, wenn der Kläger behauptet, er sei als Erbe oder sonstiger Rechtsnachfolger einer bestimmten Person zur Geltendmachung des in Frage stehenden Anspruchs legitimirt, genügen, dass das betr. Rechtsverhältniss zugestanden wird. Dies ergiebt sich daraus, dass das stillschweigende Zugeständniss des Beklagten offenbar soweit reichen soll als ein ausdrückliches gerichtliches Geständniss und dass auch lezteres sich auf Rechtsverhältnisse erstreckt, die zur Begründung der Klage angerufen werden. (Bem. I, 1 zu §§ 261 ff.)[1])

§ 300.

Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnissurtheils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

1. wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;
2. wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmässig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;
3. wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittelst Schriftsatzes mitgetheilt war.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

§ 301.

Gegen den Beschluss, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäumnissurtheils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird der Beschluss auf-

[1]) Zu vgl. die Abhandlung des Verfassers über den Klagegrund in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. III S. 385 ff.

gehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden.

§ 302.

Das Gericht kann von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnissurtheils vertagen, wenn es dafür hält, dass die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen, oder dass die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.

(E. §§ 290—292. M. 484, 485. K. 115, 547 ff. 557.)

I. Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Versäumnissurtheils.

1) Durch § 300 wird bestimmt, unter welchen Verhältnissen ungeachtet des Nichterscheinens einer Partei der Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils zurückgewiesen werden muss, durch § 301 dagegen, in welcher Weise der Zurückweisungsbeschluss angefochten werden kann und wie zu verfahren ist, wenn derselbe aufgehoben wird. In § 302 wird sodann dem Gericht die Befugniss eingeräumt, die Verhandlung über den Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils unter bestimmten Voraussetzungen zu vertagen. Die Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Versäumnissurtheils, welche nicht durch Urtheil sondern durch einfachen Beschluss erfolgt (§ 301), ist nicht mit der Zurückweisung der erhobenen Klage zu verwechseln. Durch dieselbe wird die Rechtshängigkeit des Prozesses nicht aufgehoben. Vielmehr ruht derselbe wenn nicht die Verhandlung in eine andere Sitzung vertagt wird. Sowohl im Falle der Vertagung als im Falle der Zurückweisung des Antrags auf Versäumnissurtheil ist der erschienenen Partei Gelegenheit gegeben, die dem Erlass dieses Urtheils entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, um dann den Antrag mit Erfolg stellen bezw. wiederholen zu können. Zu dem neuerdings festgesetzten Termin muss aber die nicht erschienene Partei nochmals geladen werden und kann durch ihr Erscheinen den Erlass eines Versäumnissurtheils verhindern. Die Ladung der nicht erschienenen Partei erfolgt auch hier durch den Gegner (Bem. 2 zu §§ 191 ff.)[1])

Der Gegner der nichterschienenen Partei kann den in Abs. 2 des § vorgesehenen Antrag auf Vertagung, auf welche er ein Recht hat, nicht bloss stellen bevor über einen Antrag auf Erlass des Versäumnissurtheils entschieden worden sondern auch nachdem dieser zurückgewiesen worden ist. Durch den zurückweisenden

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 396; Gaupp II S. 195. A. M. ist Baron in der Zeitschrift für d. Civilprozess I S. 401 ff.

Beschluss wird der Schluss der Verhandlung nicht ohne Weiteres herbeigeführt.[1]) Das Gericht hat, sofern ein Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils gestellt worden ist, nicht das Recht, statt über diesen zu entscheiden, die Verhandlung (nach § 206) von Amtswegen zu vertagen. Vielmehr ist hier die Befugniss des Gerichts auf die in § 302 vorgesehenen Fälle beschränkt.[2])

2) (§ 300 Z. 1.) Zu den Umständen, welche den Erlass eines Versäumnissurtheils ausschliessen und vom Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen sind, gehört vor Allem der Mangel der Prozessfähigkeit der erschienenen Partei oder der Legitimation ihres gesetzlichen Vertreters oder der zur Prozessführung erforderlichen Ermächtigung. (Bem. 1 und 2 zu § 54.) Ausserdem gehört im Parteiprozess hierher der Mangel einer gehörigen Vollmacht des Prozessbevollmächtigten. (§ 54.) Solange ein derartiger Mangel nicht durch Beschaffung der vom Gerichte verlangten Nachweisungen gehoben ist, kann die betr. Partei mit Erfolg ein Versäumnissurtheil gegen den Gegner nicht beantragen. Dagegen kann dieser falls der Mangel nicht beseitigt wird, Versäumnissurtheil erwirken. (Bem. 4 zu § 54.) Gegen dieses Versäumnissurtheil steht eben sowie gegen jedes andere Einspruch zu.

3) Ein Versäumnissurtheil kann nur dann verlangt werden, wenn der nicht erschienene Gegner zum Erscheinen in dem betr. Termin verpflichtet war. Hiezu wird in der Regel d. h. wenn der Termin nicht in einer verkündeten Entscheidung bestimmt wurde (§ 195), vorausgesetzt, dass die ausgebliebene Partei entweder selbst den Gegner zum Termin laden liess oder dass sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise und zwar rechtzeitig zum Erscheinen aufgefordert wurde. Wurde dieser Voraussetzung nicht genügt, so muss der Antrag auf Versäumnissurtheil zurückgewiesen und die nicht erschienene Partei zu dem neuerdings festgesetzten Termin nochmals vorgeladen werden. Hat der Kläger statt Versäumnissurtheil eine Vertagung beantragt, so braucht der Beklagte zum nächsten Termin nicht besonders geladen zu werden. Vielmehr vertritt die Verkündung die Stelle der Ladung. (§ 283.) Der Kläger wird nicht geladen. Es ist desshalb auch vom Beklagten nicht nachzuweisen, dass die Zustellung der Klageschrift rechtzeitig in die Hände des Klägers gelangte. Vielmehr ist es dessen Sache, dafür zu sorgen, dass er rechtzeitig von der Zustellung Kenntniss erhält.[3]) Legt der Beklagte die ihm zugegangene Ladung vor, so genügt dies. Auch kommt in diesem Falle nichts darauf an, ob die Zustellung in ordnungsmässiger Weise erfolgt und beurkundet ist.[4]) Dagegen ist die Vorlage der Terminsbestimmung nicht ausreichend. (Bem. II. 1. zu §§ 295 ff.)

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 286; Seuffert S. 369; Gaupp II S. 194; Bolgiano S. 448. A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 395.

[2]) V. Struckmann-Koch. a. a. O.; Seuffert a. a. O.; Hellmann II S. 176, 177; Endemann II S. 158; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 394; Gaupp II S. 194.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 287; Seuffert S. 370; Endemann II S. 157 ff.; Hellmann II S. 177; Kleiner II S. 218; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 396; Fitting § 63 S. 233; ferner Kallmann im württemb. Gerichtsblatt Bd. 16 S. 315 ff. und die Redaktion dieses Blattes ebendas. S. 371 ff. A. M. sind Meyer Verf. vor den Amtsgerichten S. 12 und 13; von Sarwey I S. 634 und Voss im würtemb. Gerichtsblatt Bd. 16 S. 371 ff.

[4]) So auch O.-L.-G. Königsberg 7. Febr. 1882, d. Juristenzeitung VI S. 622.

4) Die Vorschrift in Nr. 3 bezieht sich, abgesehen von Zwischenstreiten, nur auf ein Versäumnissurtheil gegen den Beklagten bezw. Widerbeklagten, der seinerseits zur Begründung seines Antrags auf Versäumnissurtheil keines thatsächlichen Vorbringens bedarf und auch seinen auf Grund des § 295 gestellten Antrag dem Kläger nicht zustellen lassen muss. Die Vorschrift bezieht sich nur auf erhebliche, zur Begründung des klägerischen Verlangens erforderliche, Thatsachen. Sie gilt jedoch auch für den Parteiprozess, obwohl in diesem die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht nothwendig ist. (M. 483.) Unter der Voraussetzung rechtzeitiger Mittheilung kann jede Partei in der mündlichen Verhandlung von den ihr nach §§ 240 und 253 zustehenden Befugnissen mit Erfolg wider den säumigen Gegner Gebrauch machen. (M. a. a. O.)[1]) Die Zulässigkeit einer eigentlichen Klageänderung ist dagegen nach § 241 von der wirklichen Einlassung des Beklagten abhängig. (Bem. II zu §§ 240 ff.) Die Anträge, welche der Kläger bei der mündlichen Verhandlung stellt, müssen dem Beklagten, sofern sie nicht bereits in der Klageschrift gestellt waren, regelmässig und zwar gleichviel ob sie sich auf die Hauptsache oder auf einen Nebenpunkt beziehen, durch einen besonderen Schriftsatz mitgetheilt werden, wenn darauf bei dem Versäumnissurtheil Rücksicht genommen werden soll. Insbesondere gilt dies von dem Antrag auf vorläufige Vollstreckbarerklärung des Urtheils.[2])

II. Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss. (§ 301.)

Der erschienenen Partei, deren Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils ganz oder theilweise zurückgewiesen wurde, steht gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde (§ 540) zu. Das Beschwerdegericht kann aber nur den Zurückweisungsbeschluss aufheben, nicht selbst das Versäumnissurtheil erlassen. Vielmehr muss, wenn die Aufhebung des Beschlusses erfolgt, ein neuer Termin festgesetzt werden, in welchem das Versäumnissurtheil zu beantragen ist. Dieser Termin hat jedoch nur eine formale Bedeutung, insofern der Anspruch auf das Versäumnissurtheil, das schon bei der früheren Verhandlung hätte erlassen werden müssen, in demselben verwirklicht werden soll. Desshalb ist die früher ausgebliebene Partei nicht zu dem neuen Termin zu laden und es muss auf Antrag der erschienenen Partei auch dann Versäumnissurtheil erlassen werden wenn der Gegner sich in dem neuen Termin ohne Ladung einfinden sollte. In der J.-K. wurden zwar bezüglich der letzteren Frage verschiedene Auffassungen ausgesprochen. Dass der ausgebliebenen Partei kein Recht zusteht, gegen den Willen des Gegners eine nochmalige Wiederaufnahme der Verhandlung zu erzwingen, muss aber als die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden, da sonst nicht abweichend von §§ 300 und 302 bestimmt worden wäre, dass die nicht erschienene Partei nicht geladen werden solle. Auch wurde der von Thilo zu § 301 beantragte Zusatz:

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. a. a. O.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 396; Seuffert S. 369. A. M. ist Wach Vorträge S. 140.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 287; d. Juristenzeitung Bd. V. S. 109.

„Erscheint dieselbe freiwillig, so ist sie auf ihren Antrag zur Verhandlung zuzulassen", von der J.-K. abgelehnt. (K. 115, 547.)[1])

III. Vertagung auf Grund des § 302.

Wenn der Beklagte zwar ordnungsmässig und rechtzeitig d. h. mit Einhaltung der vom Vorsitzenden bestimmten Einlassungs- oder Ladungsfrist (§ 204 Abs. 3) geladen wurde, das Gericht aber der Ansicht ist, die Frist sei zu kurz bemessen oder die Partei sei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle (Bem. II. 1 zu §§ 211 ff.) am Erscheinen gehindert worden, so kann es den vom Kläger gestellten Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils nicht zurückweisen. Es kann aber dem Beklagten dadurch Gelegenheit verschaffen, seine Vertheidigung noch nachträglich vorzubereiten und vorzutragen, dass es die Verhandlung auf einen anderen Termin vertagt, zu welchen die nicht erschienene Partei nochmals vorzuladen ist. In diesem Termin ist, wenn der Gegner erscheint, kontradiktorisch zu verhandeln.[2]) Gegen den Vertagungsbeschluss findet hier wie in anderen Fällen ein Rechtsmittel nicht statt; insbesondere ist Beschwerde nicht zulässig. (M. 484 ff.) Diese ist aber nach § 530 auch dann ausgeschlossen wenn ein Vertagungsantrag zurückgewiesen wird, da die Vertagung immer eine mündliche Verhandlung voraussetzt.[3])

§ 303.

Der Partei, gegen welche ein Versäumnissurtheil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.

(E. § 293. M. 485. K. 115.)

Der Einspruch gegen ein Versäumnissurtheil, der nach dem Sprachgebrauch der C.-P.-O. nicht zu den Rechtsmitteln gehört, steht derjenigen Partei zu, auf deren Versäumung dasselbe beruht. Der im Falle des § 296 Abs. 2 ganz oder theilweise abgewiesene Kläger findet sich einem kontradiktorischen Urtheil gegenüber, welches nur im Wege der Rechtsmittel zu beseitigen ist. (M. 485.) Zur Rechtfertigung des Einspruchs bedarf es keinerlei Entschuldigung der stattgehabten Versäumung. Vielmehr genügt es, dass derselbe zulässig, d. h. in gesetzlicher Form und Frist eingelegt worden ist, um den Prozess in die vor dem Versäumnissurtheil bestandene Lage zurückzuversetzen. Nur die durch die Versäumniss entstandenen Kosten hat die säumige Partei in der Regel zu tragen. (§ 309.)

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 288; Seuffert S. 370; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 397; Puchelt II S. 127; von Sarwey I S. 461; von Bülow S. 204; Bolgiano S. 448. A. M. sind Fitting § 63 S. 234 und Erythropel in der Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. II S. 120 ff.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S 288; Wilmowsky-Levy II. Aufl. S. 398; Endemann II S. 161; Gaupp II S. 198, 199. A. M. ist Wach Vortr. S. 135 ff.

[3]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 395. A. M. ist Hellmann II S. 177.

§ 304.

Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnissurtheils.

Muss die Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnissurtheile oder nachträglich durch besonderen Beschluss, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.

§ 305.

Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muss enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;
2. die Erklärung, dass gegen dieses Urtheil Einspruch eingelegt werde;
3. die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache.

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.

§ 306.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

(E. §§ 294—296. M. 485—486. K. 115 und 148.)

1. Einspruchsfrist. (§ 304.)

Die Nothfrist, innerhalb deren Einspruch eingelegt werden muss, beginnt ihren Lauf mit der Zustellung des Versäumnissurtheils, gleichviel ob diese auf Anstehen der erschienenen oder säumigen Partei erfolgte. Gegen die Versäumung derselben kann in den in § 211 angegebenen Fällen Widereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht werden. Muss die Zustellung des Urtheils im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen (§§ 182 ff. und 186 ff.), so findet die Vorschrift des Abs. 1 keine Anwendung. Vielmehr hat das

Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnissurtheile oder, wenn dies unterlassen wurde, nachträglich durch besonderen Beschluss zu bestimmen. Solange dies nicht geschehen und der Beschluss der säumigen Partei nicht mitgetheilt worden ist, kann gegen das Versäumnissurtheil immer noch Einspruch erhoben werden gleichviel ob und wann dasselbe der säumigen Partei zugestellt wurde. In Abs. 2 des § 304 wird nicht etwa dem Gericht die Befugniss ertheilt, die in Abs. 1 festgesetzte Frist zu verlängern. Vielmehr gilt in den dort geregelten Fällen nur die vom Gericht festgesetzte Frist.[1]) Dass die späteren Beschlüsse in derselben Form wie das Versäumnissurtheil zugestellt werden müssten, wurde in der J.-K. (115) von Direktor von Amsberg bestätigt. Uebrigens hat die im § bestimmte Frist nur die Bedeutung, dass nach Ablauf derselben kein Einspruch erhoben werden kann. Dagegen besteht, da § 304 kein Verbot enthält, wie es sich in den §§ 477 Abs. 2 und 514 Abs. 2 findet, kein Hinderniss, den Einspruch schon vor Zustellung des Versäumnissurtheils einzulegen. An sich ist die Nothfrist für die Einlegung eines Rechtsmittels nicht eine Frist, innerhalb deren das Rechtsmittel eingelegt werden muss sondern eine solche, nach deren Ablauf dasselbe nicht mehr eingelegt werden kann. Unter der Einspruchsfrist ist diejenige Frist zu verstehen, nach deren Ablauf der Einspruch ausgeschlossen ist. Die Vorschriften der §§ 477 Abs. 2 und 514 Abs. 2, welche bei der entgegengesetzten Auffassung überflüssig wären, sind hiernach als Ausnahmebestimmungen anzusehen ohne die auch Berufung und Revision vor Zustellung des Urtheils eingelegt werden dürften. Als solche können sie aber nicht analog auf andere Fälle angewandt werden.[2])

2. Einlegung des Einspruchs. (§ 305.)

Auf den Schriftsatz, durch dessen Zustellung die Einlegung des Einspruchs erfolgt und der wie die Klageschrift, Berufungsschrift u. s. w. zugleich bestimmender und vorbereitender Natur ist, finden die allgemeinen Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze (§§ 120—124) Anwendung. Ebenso gelten bezüglich der Einreichung desselben zum Zweck der Terminsbestimmung, der Aufnahme der Ladung in den Schriftsatz u. s. w. die gewöhnlichen Bestimmungen (§ 193 Abs. 1, § 191 u. s. w.). Dass bei der Ladung gerade die im Gesetz gebrauchten

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 400. A. M. ist Puchelt II S. 132.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 290; Seuffert S. 373; Hellmann II S. 182; Fitting § 63 S. 235; Weizsäcker im würt. Gerichtsblatt Bd. 18 S. 246 ff.; Friederici in der Zeitschr. für Rechtspflege in Thüringen N. F. Bd. VII S. 334 ff.; Dorner in den Annalen der badischen Gerichte Bd. 47 S. 140 ff. So wurde auch entschieden vom R.-G. am 25. Jan. 1881 (Entscheid. Bd. III S. 408) und am 23. Nov. 1881 (jur. Wochenschrift J. 1882, S. 5, Juristenzeit. VI S. 557; ferner vom L.-G. Hamburg 4. Mai 1880 (d. Juristenzeit. IV S. 675), vom L.-G. Meiningen 6. Juli 1880, (d. Juristenzeitung VI S. 17 ff.) vom L.-G. Chemnitz 27. Okt. 1880, (Wenglers Archiv N. F. Bd. II S. 17 ff., d. Juristenzeitung VI S. 351) und vom hanseat. O.-L.-G., (d. Juristenzeitung VI S. 333.) A. M. sind Puchelt II S. 131; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 399, 400; Endemann II S. 162; Kleiner II S. 225, 226; Gaupp II S. 200; Wach in den Beiträgen zur Erläut. des d. Rechts N. F. Bd. V S. 257 ff.; L.-G. Mosbach 7. Febr. 1881, Annalen der bad. Gerichte Bd. 48 S. 151.

Worte, zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache „wiederholt werden, ist nicht nothwendig. Vielmehr ist der Einspruch auch dann wirksam wenn zur weiteren Verhandlung des Rechtstreits u. s. w. geladen wurde.[1]) Im Anwaltsprozess muss der Schriftsatz von einem Anwalte gefertigt sein. (§ 74.) Die in Abs. 1 Z. 1—3 aufgezählten Erfordernisse sind, wie aus der Fassung („muss") deutlich hervorgeht, als wesentliche anzusehen, so dass der Mangel eines derselben (nach § 306) die Zurückweisung des Einspruchs zur Folge hat. Dagegen treten keine sachlichen Nachtheile ein, wenn irgend eine zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung erforderliche Mittheilung insbesondere die Nachholung des bei der ersten Verhandlung Versäumten unterlassen wurde. (Bem. I. 2 zu § 121.)

3. **Prüfung der Zulässigkeit.** (§ 306.)

Wie bei der Berufung, Revision und Beschwerde (§§ 497, 529, 537), so hat auch bei dem Einspruch das Gericht von Amtswegen zu prüfen:

1) ob derselbe an sich statthaft ist d. h. ob das in Frage stehende Urtheil überhaupt mittels Einspruchs angefochten werden kann;

2) ob der Einspruch in der gesetzlich vorgeschriebenen Form eingelegt wurde d. h. ob die in § 305 Abs. 1 Z. 1—3 enthaltenen Vorschriften beobachtet worden sind;

3) ob die Nothfrist eingehalten wurde, innerhalb deren nach § 304 Einspruch erhoben werden muss.

Wurde die gesetzliche Ladungsfrist (§ 194) nicht eingehalten, so begründet dies nicht die Ungültigkeit des Einspruchs sondern bloss ein Recht des Gegners auf Vertagung und die Verpflichtung der Partei bezw. des schuldigen Vertreters, Gerichtsvollziehers etc., die dadurch entstandenen Kosten zu tragen (§§ 90 und 97) bezw. die Anwendung des § 48 G.-K.-G. Soweit es sich um die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Zustellung (§§ 152 ff.) handelt, hat das Gericht bloss dann von Amtswegen zu prüfen, ob die Zustellung in gesetzlicher Weise erfolgt ist, wenn der Einspruchsbeklagte nicht erscheint, während anderenfalls, soweit die Zustellung überhaupt bemängelt werden kann, die Bestimmung des § 267 Abs. 1 zur Anwendung kommt. (Bem. V zu §§ 165 ff. und Bem. 4 zu § 267.) Fehlt es an einem der in § 306 aufgezählten Erfordernisse, so ist der Einspruch auch dann als unzulässig zu verwerfen wenn der Gegner die Zulässigkeit nicht bestreitet. Die Zurückweisung kann jedoch dem Grundsatz der Mündlichkeit entsprechend erst nach stattgehabter mündlicher Verhandlung durch kontradiktorisches Urtheil, gegen welches die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sind, nicht durch Beschluss erfolgen. (M. 486.) Es darf hienach nicht mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit des Einspruchs vom Vorsitzenden bezw. Amtsrichter die Terminsbestimmung verweigert werden (Bem. 2 zu § 193) und ebensowenig kann das Gericht den Einspruch ohne mündliche Verhandlung zurückweisen.[2]) Die Parteien haben kein Recht darauf, dass über die Zulässigkeit des Einspruchs

[1]) V. O.-L.-G. Dresden 13. Dez. 1880, Wenglers Archiv N. F. Bd. II S. 453 ff.

[2]) V. auch L.-G. Chemnitz 8. Nov. 1880, Wenglers Archiv J. 1880 N. F. Bd. I S. 786, d. Juristenzeitung Bd. V S. 203.

getrennt verhandelt und entschieden werde. Wohl aber kann das Gericht anordnen, dass die Verhandlung zunächst auf diese Frage beschränkt sein solle. (§ 137.) Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs kann entweder zugleich mit derjenigen über den Grund der Sache im Endurtheil oder, wenn diese letztere verschoben werden muss, in einem besonderen Zwischenurtheil (§ 275) erfolgen. Sofern über die Zulässigkeit des Einspruchs gestritten wird, kann ein Zwischenstreit entstehen. [1]) Die Abweisung des Einspruchs erfolgt immer in einem Endurtheil. Ist gegen dasselbe Urtheil von einer Partei Einspruch von der anderen Berufung oder Revision eingelegt worden, so ist zuerst über den Einspruch zu verhandeln, die Verhandlung über die Berufung bezw. Revision dagegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen. (§§ 486 und 529.)

§ 307.

Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniss befand.

§ 308.

Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnissurtheil enthaltenen Entscheidung übereinstimmt, ist auszusprechen, dass diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnissurtheil in dem neuen Urtheil aufgehoben.

§ 309.

Ist das Versäumnissurtheil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumniss veranlassten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.

(E. §§ 297—299. M. 486. K. 115.)

I. Wirkungen der Zulassung des Einspruchs. (§ 307.)

Wird der Einspruch, der als ein Protest gegen die nach den §§ 295 und 296 eintretende Annahme des Verzichts bezw. des Geständnisses behandelt wird, für zulässig erklärt, so wird der Prozess dadurch in die Lage zurückversetzt, in

[1]) So auch von Bülow § 307 Bem. 2 S. 206; Kleiner II S. 229; Schollmeyer, Zwischenstreit S. 92. V. dag. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 492.

der er sich vor Eintritt der Versäumniss befand. Die Sachlage ist materiell so anzusehen, als ob kein Versäumniss in der Mitte läge, demnach treten auch alle diejenigen Urtheile — Zwischenurtheile, Urtheile über prozesshindernde Einreden oder den Grund eines seinem Betrage nach noch streitigen Rechts — wieder in Kraft, welche durch das zur Hauptsache ergangene Versäumnissurtheil in Wegfall gekommen waren. (M. 486. V. auch Bem. I. 3 zu §§ 295 ff.) Auf die mit der Versäumniss nicht zusammenhängenden Prozesshandlungen bezieht sich die Vorschrift des § nicht. Hat der Beklagte sich auf die Verhandlung zur Hauptsache eingelassen und ist dadurch eine stillschweigende Vereinbarung bewirkt worden (§ 39), so wird die Zuständigkeit nicht dadurch wieder beseitigt, dass der mit der Klage zurückgewiesene Kläger Einspruch erhebt.[1]) Die Vollstreckung des Versäumnissurtheils wird durch Einlegung des Einspruchs in der Regel ausgeschlossen da dieser den Eintritt der Rechtskraft hemmt. (§§ 644, 645.) Wurde das Versäumnissurtheil für vollstreckbar erklärt, so tritt diese vorläufige Vollstreckbarkeit aber nicht schon durch die Zulässigerklärung des Einspruchs sondern erst durch die Verkündung desjenigen Urtheils ausser Kraft, durch welche die in der Hauptsache ergangene Entscheidung oder doch die Vollstreckbarkeitserklärung ausdrücklich aufgehoben wird. (§ 655.) Auf Antrag kann übrigens das Gericht anordnen, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde. (§§ 647 und 657.)

II. Entscheidung über den Grund der Sache. (§ 308.)

Wenngleich das Gericht in der Sache selbst unbehindert durch das Versäumnissurtheil entscheiden kann und dieses materiell durch den Einspruch seine Bedeutung verliert, so wird doch, wie sich schon aus den Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt. die formelle Existenz des Versäumnissurtheils durch den Einspruch nicht beseitigt. Desshalb ist, wenn das Versäumnissurtheil bei der neuerdings vorgenommenen Prüfung alsgerechtfertigt erscheint, ein neues Urtheil nicht zu erlassen sondern die frühere Entscheidung einfach aufrechtzuerhalten. Soweit dies nicht geschehen soll, müssen die im Versäumnissurtheil getroffenen Entscheidungen ausdrücklich aufgehoben und durch andere Entscheidungen ersetzt werden. Bei den die Form des Urtheils betreffenden Vorschriften des § wird die Zulässigkeit des Einspruchs vorausgesetzt. Ist dieser unzulässig oder erscheint der Einspruchskläger nicht, so ist der Einspruch zu verwerfen. (§ 306.) Ergeht ein Zwischenurtheil, so ist darin lediglich der Einspruch für zulässig zu erklären.

III. Kosten des Versäumnissverfahrens. (§ 309.)

Wird der erhobene Einspruch als unzulässig erklärt oder das Versäumnissurtheil aus sachlichen Gründen aufrechterhalten (§ 308), so müssen die Kosten des Versäumnissverfahrens schon nach allgemeinen Grundsätzen dem Einspruchskläger als der unterliegenden Partei zur Last gelegt werden. (§ 87.) Dies muss aber in der Regel auch dann geschehen wenn in Folge des Einspruchs eine

[1]) V. Schneider im Archiv für civ. Praxis Bd. 64. S. 420 ff.

abändernde Entscheidung erlassen wird, da die Beseitigung der Versäumnissfolgen nur auf Kosten der säumigen Partei geschehen kann. Nur wenn nach dem Gesetz gar kein Versäumnissurtheil hätte erlassen werden dürfen (§ 300), sind dem Gegner, wenn derselbe in der Hauptsache unterliegt, alle Kosten zur Last zu legen. Ausserdem muss derselbe nach dem § 90 zur Geltung gelangten Grundsatz diejenigen Kosten tragen, welche lediglich durch seinen unbegründeten Widerspruch z. B. durch eine ungerechtfertigte Bestreitung der Zulässigkeit des Einspruchs veranlasst wurden. (V. auch § 216 Abs. 3.)

§ 310.

Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, steht gegen das Versäumnissurtheil, durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

(E. § 300. M. 486. K. 115.)

1) Durch die Vorschrift des § soll verhindert werden, dass der Einspruch als Mittel zur Verschleppung der Prozesse benützt wird. Bleibt die Partei, welche Einspruch eingelegt hat, in der zur mündlichen Verhandlung festgesetzten Sitzung aus oder verhandelt sie entweder gar nicht oder doch nicht zur Hauptsache, so ist desshalb der Einspruch durch Versäumnissurtheil zu verwerfen. Gegen dieses Versäumnissurtheil findet ein weiterer Einspruch nicht statt. Da es gegen die Versäumung eines Termins Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gibt, ist eine Abhülfe bezüglich der zweiten Versäumniss überhaupt nicht möglich selbst wenn sie durch unverschuldete Hindernisse veranlasst sein sollte. Durch Berufung oder Revision kann geholfen werden wenn der Fall der Versäumniss in Wirklichkeit nicht vorgelegen hat. (§§ 474 Abs. 2 und 529.)

2) Bleibt der Gegner des Einspruchsklägers aus, so ist, wenn der Einspruch als zulässig erscheint und die Voraussetzungen des § 300 vorliegen, gegen ihn Versäumnissurtheil zu erlassen, gegen das ihm der Einspruch zusteht. Ebenso kann aber auch die Partei, welche Einspruch eingelegt hat und daraufhin in die Verhandlung zur Hauptsache eingetreten ist, wenn sie im Laufe derselben Instanz einen späteren Termin versäumte, gegen ein solches (zweites, drittes oder viertes) Versäumnissurtheil ungeachtet der Vorschrift des § Einspruch erheben. (M. 486.) [1]) Als Mittel gegen den Missbrauch, der mit der wiederholten Gestattung des Einspruchs getrieben werden kann, soll die Vorschrift des § 648 Nr. 3

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 294; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 404 Endemann II S. 168; Wach, Vorträge S. 146; Fitting § 63 S. 238; Gaupp II S. 207 A. M. ist Puchelt II S. 136.

dienen, nach welcher ein zweites oder ferneres Versäumnissurtheil gegen dieselbe Partei für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

§ 311.

In Betreff des Verzichts auf den Einspruch und der Zurücknahme desselben finden die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung.

(E. § 301. M. 486. K. 115.)

Die Vorschriften, auf welche hier verwiesen wird, finden sich in den §§ 475 und 476. Bezüglich des von Becker in der J.-K. erhobenen Bedenkens, ob die Verweisung des § 476 passe, weil bei der Zurücknahme des Einspruchs eine mündliche Verhandlung nicht stattfinde, erwiderte ein Regierungskommissar: „Dass weder bei der Zurücknahme der Berufung noch bei der Zurücknahme des Einspruchs eine mündliche Verhandlung erforderlich sei."

§ 312.

Die Vorschriften dieses Titels finden auf das Verfahren, welches eine Widerklage oder die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnissverfahren und das Versäumnissurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits. Die Vorschriften dieses Titels finden entsprechende Anwendung.

(E. § 302. M. 486, 487. K. 115.)

1) (Abs. 1.) In den §§ 295—311 wird der gewöhnliche Fall geregelt, in welchem von einer Partei der zur Verhandlung über die Klage bestimmte Termin versäumt wird und in welchem das Versäumnissurtheil nur ein Endurtheil sein kann. In § 312 werden dagegen einige besondere Fälle geregelt, bei denen über die Anwendung der Vorschriften dieses Titels sonst hätten Zweifel entstehen können. Dass auf das Verfahren bezüglich der Widerklage (Bem. zu § 33 und Bem. I. 2 zu §§ 251 ff.) die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden, liegt in der Natur der Sache. Ist eine Widerklage erhoben, so umfasst die Verhandlung Klage und Widerklage. Im Falle der Versäumung eines Verhandlungstermins müssen sich daher Versäumnissverfahren und Versäumnissurtheil auf beide erstrecken. (M. 486.) Ein Versäumnissurtheil kann auch dann gegen den Widerbeklagten ergehen, wenn dieser bei Erhebung der

Widerklage nicht anwesend ist. (Bem. III, 2 zu §§ 295 ff.) Ebenso erscheint es als folgerichtig, dass die Vorschriften der §§ 295 ff. zur Anwendung kommen, wenn ein Anspruch seinem Grunde nach bereits festgestellt wurde (§ 276), der Kläger bezw. Widerkläger aber dann ausbleibt. In diesem Falle beschränkt sich zwar die weitere Verhandlung formell auf die Feststellung der Höhe des Schadens, in Wirklichkeit bildet aber den Gegenstand der Verhandlung noch immer die ganze Sache. Das Urtheil ist nur ein Zwischenurtheil, mithin der Anspruch des Klägers, wie er denselben in seinem Sachgesuche verfolgt, noch nicht erledigt. (M. 486.) Eine weitere Vorschrift über die Anwendung der in diesem Titel enthaltenen Bestimmungen findet sich in § 563 Abs. 3. Auch die Entscheidung über die im Urkunden- und Wechselprozess vorbehaltenen Einwendungen ist ein wahres Endurtheil. Es kommen desshalb bezüglich desselben die §§ 295 ff. zur Anwendung.

2) (Abs. 2.) Durch die Vorschriften der §§ 295 ff. werden Versäumnissurtheile nur als Endurtheile bezw. Theilurtheile zugelassen. Dagegen würden nach diesen Bestimmungen Versäumnisszwischenurtheile vollständig ausgeschlossen sein. Durch Abs. 2 des § werden solche Urtheile nun ausnahmsweise für den Fall zugelassen, dass die Verhandlung lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt war. In diesem Falle kann auch nur über diesen Streit entschieden werden. Im Uebrigen kommen hinsichtlich des ergehenden Versäumnissurtheils und dessen Anfechtbarkeit durch Einspruch die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Unter den Zwischenstreiten (Bem. 3 zu § 275) von denen hier die Rede ist, werden ebenso wie in § 275 nur diejenigen unter den Parteien, nicht diejenigen zwischen den Parteien oder einer derselben und einem Dritten verstanden. Die Vorschriften des Titels I über die mündliche Verhandlung beziehen sich, sofern nichts Anderes bestimmt ist, nur auf die Verhandlung unter den Parteien. Auch liegt kein Grund vor, den Begriff des Zwischenstreits hier anders als in § 275 zu fassen. Bezüglich des Zwischenstreits mit Dritten ist aber auch in der Regel (v. z. B. die §§ 68, 126) sofortige Beschwerde zugelassen, also für Einspruch überhaupt kein Raum.[1]) Die Vorschriften über das Versäumnissverfahren kommen übrigens nur insoweit zur Anwendung als die ordentliche oder obligatorische mündliche Verhandlung in Frage steht, nicht soweit es sich um die sogenannte fakultative mündliche Verhandlung handelt d. h. das Gericht auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann.[2]) (Bem. zu §§ 244 ff.)

3) Die Vorschrift des § 312 Abs. 2 findet nur dann Anwendung, wenn der Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt ist. Ist der Termin zur Verhandlung eines Zwischenstreites und zur Verhandlung

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 406; von Sarwey I S. 469; Hellmann II S. 191; Eccius bei Rassow und Küntzel Bd. 24 S. 599; Gaupp II S. 208—210. A. M. sind Wach Vorträge S. 119; Fitting § 63 S. 232; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 296.

[2]) V. auch Wach, Vorträge S. 119; Hoffmann in den Beiträgen zur Erläut. des d. Rechts Bd. 24 Dritte F. IV S. 730 ff. insbes. S. 744.) A. M. sind Struckmann-Koch III. Aufl. S. 295; Wilmowski-Levy S. 406.

der Hauptsache bestimmt, so ergeht, wenn derselbe versäumt wird, ein Versäumnissurtheil zur Hauptsache. Erscheint der Gegner des Antragstellers im Zwischenstreit in dem zur Verhandlung des letzteren und zur Verhandlung der Hauptsache festgesetzten Termine und verhandelt zur Hauptsache aber nicht über den Zwischenstreit, so liegt wie im Falle des § 299 ein unvollständiges Verhandeln vor. Versäumnissverfahren und Versäumnissurtheil greifen nicht Platz; den Gegner des Antragstellers treffen die Folgen unvollständigen Verhandelns; das Urtheil, welches erlassen wird, ist kontradiktorisch. (M. a. a. O.) Die letztere Bemerkung trifft übrigens auch dann zu, wenn in dem vorgesehenen Falle der Gegner nur über den Gegenstand des Zwischenstreits verhandelt. Auch in diesem Falle liegt ein unvollständiges Verhandeln zur Hauptsache vor, welche die Anwendung der §§ 295 ff. rechtfertigt.[1])

Vierter Titel.

Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

(§§ 313—319.)

Vorbemerkungen.

I.

Bei Aufstellung des Entwurfs ging man von der Voraussetzung aus, „dass die Elastizität des ordentlichen Verfahrens in Verbindung mit einer weisen Ausübung des richterlichen Prozessleitungsamtes eine gedeihliche Erledigung auch verwickelter und umfangreicher Rechtsstreitigkeiten ermöglichen werde.“ Es wurde jedoch anerkannt: „dass ausnahmsweise Prozesse an den Richter herantreten können, bei denen die Hülfsmittel des gewöhnlichen Verfahrens nicht ausreichen, um die erforderliche Ordnung des Prozesses, die klare Feststellung der Streitpunkte und den das richtige Urtheil bedingenden Ueberblick des Richters über das gesammte Prozessmaterial zu gewinnen und festzuhalten.“ Mit Rücksicht auf die Erfahrungen in den Gebieten des französischen Rechts und in Württemberg sowie auf die mit der allgemeinen Zulassung eines schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlussverhandlung verbundene Gefahr, „dass der schriftliche Prozess in den Ländern, in denen er gegenwärtig bestehe, als Regel beibehalten werde,“ wurde jedoch von der ausgedehnteren Zulassung eines solchen Ausnahmeverfahrens abgesehen. Wie es schon im preussischen und norddeutschen Entwurf geschehen war, wurde vielmehr das von den allgemeinen Prinzipien abweichende Verfahren, in welchem die Schriftlichkeit als die Grundlage der mündlichen Verhandlung erscheint, auf solche Rechtsstreitigkeiten beschränkt, „welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Fälle zum Gegenstand haben.“ (M. 487.)

[1]) V. auch von Sarwey I S 469.

II.

Bezüglich des hier geregelten Verfahrens ist noch zu bemerken:

1. Für besonders verwickelte Fälle von Rechtsstreitigkeiten der fraglichen Art glaubte man von den Vortheilen schriftlicher Instruktion des Prozesse Gebrauch machen zu sollen. Demnach kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die Fortsetzung der Verhandlung einem beauftragten Richter übertragen (§ 313), welcher das gesammte thatsächliche Material schriftlich und endgültig derart festzustellen hat, dass der nach der thatsächlichen Seite abgeschlossene Rechtsstreit lediglich zur Verhandlung über den Rechtspunkt und zur Entscheidung vor das erkennende Gericht zurückkehrt. (§§ 315, 319.) Während im gewöhnlichen Verfahren die mündliche Verhandlung die Grundlage für die richterliche Entscheidung bildet, erfolgt dieselbe hienach in dem Ausnahmeverfahren auf Grund der Akten (§ 318); während dort die Schriftzüge lediglich zur Vorbereitung der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem zu seiner Entscheidung berufenen Richter dienen, ist hier der Schwerpunkt des Prozesses in die schriftlich zu fixirende Verhandlung vor dem beauftragten Richter verlegt. Dementsprechend herrscht aber auch in diesem Verfahren die in dem schriftlichen Prozesse eigenthümliche Eventualmaxime; die Verhandlung vor dem beauftragten Richter ist mit bindendem und präkludirendem Charakter bekleidet.

2. Das vorbereitende Verfahren, das nur in solchen Prozessen Anwendung findet, welche bei einem Kollegialgerichte anhängig sind, kann nach § 250 nur in einem Verhandlungstermine und erst nach vorgängiger Erledigung etwaiger prozesshindernder Einreden angeordnet werden.

3. Ueber unbestrittene und zur Endentscheidung reife Ansprüche kann das Prozessgericht sowohl bei Anordnung des vorbereitenden Verfahrens als im späteren Verlaufe des Rechtsstreits (§ 318) durch Theilurtheil erkennen.

4. Das Verfahren vor dem beauftragten Richter richtet sich nach den Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 315 Abs. 2), so dass insbesondere Anwaltszwang in demselben nicht gilt. (§ 74). Das persönliche Erscheinen der Partei neben ihrem Bevollmächtigten ist auch hier gestattet aber nicht nothwendig.

§ 313.

Stellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar heraus, so kann das Prozessgericht ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anordnen.

(E. § 303. M. 487 ff. K. 115.)

Damit das vorbereitende Verfahren angeordnet werden kann, ist erforderlich

1. Dass es sich um die Richtigkeit einer Rechnung oder eine Vermögens-

auseinandersetzung oder um ähnliche Verhältnisse (z. B. umfangreiche Lieferungen, Bauten etc.) handelt;

2. dass eine erhebliche Anzahl von Streitpunkten vorliegt, über welche zu entscheiden ist.

Auch wenn diese beiden Voraussetzungen vorhanden sind, steht es aber im Ermessen des Gerichts, ob es ein vorbereitendes Verfahren anordnen will. Es wird dies nur in solchen Fällen geschehen, in welchen eine gedeihliche Erledigung im Wege des ordentlichen Verfahrens z. B. durch aussergerichtliche Verhandlungen der Anwälte, deren Ergebnisse dem Gericht in den gewöhnlichen Formen schriftlich unterbreitet werden, nicht zu erwarten ist. Die Anordnung kann auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen erfolgen. Weder gegen diese durch einfachen Beschluss erfolgende Anordnung noch gegen die Zurückweisung eines darauf gerichteten Antrags findet Beschwerde statt. (§ 530.) Das vorbereitende Verfahren kann sobald die zur Erledigung prozesshindernder Einreden bestimmte Verhandlung stattgefunden hat, dann aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung über die Hauptsache ja noch in der Berufungsinstanz angeordnet werden. Dies wurde auch im Bericht der J.-K. (S. 7) und in der 168sten Sitzung derselben (K. 7) hervorgehoben.

§ 314.

Bei der Verkündung des Beschlusses, durch welchen das vorbereitende Verfahren angeordnet wird, ist durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter zu bezeichnen und der Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen. Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

(E. § 304. M. 487 ff. K. 115.)

Der beauftragte Richter, vor dem das vorbereitende Verfahren stattzufinden hat, muss ein Mitglied des Gerichts und wird in der Regel einer der Beisitzer sein. Einem Amtsgericht kann das vorbereitende Verfahren nicht übertragen werden. Der beauftragte Richter kann einer anderen Kammer angehören. Auch kann ein Handelsrichter mit der Leitung des Verfahrens beauftragt werden. [1]) Hat der Vorsitzende bei Verkündung des Gerichtsbeschlusses zugleich den Termin zur Verhandlung vor dem beauftragten Richter bestimmt, so bedarf es keiner Ladung zu diesem Termine. (§ 283.) Ist die Terminsbestimmung durch

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 299; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 409; von Sarwey I S. 473; Gaupp II S. 214. A. M. ist Kleiner II S. 241.

den beauftragten Richter erfolgt, so sind beide Parteien von Amtswegen zu laden. (§ 294 Abs. 3.)

§ 315.

In dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:

1. welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden;
2. welche Ansprüche und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel streitig oder unstreitig sind;
3. in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel das Sachverhältniss nebst den von den Parteien bezeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden, den abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den gestellten Anträgen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen würden, wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre; dasselbe ist fortzusetzen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

(E. § 305. M. 488. K. 116.)

1) Die C.-P.-O. geht von der Auffassung aus, dass der Zweck der kommissarischen Verhandlung, für die Entscheidung des Prozessgerichts eine feste und übersichtliche Grundlage zu schaffen und damit weit aussehende Streitigkeiten in der mündlichen Schlussverhandlung zu erübrigen, nur dadurch voll erreicht werden könne, dass Alles, was zu Angriff und Vertheidigung dient, oder was an Thatsachen und Beweismitteln aufgestellt wird, überhaupt als Unterlage für die künftige Entscheidung berücksichtigt werden soll, vor dem beauftragten Richter bei Vermeidung der Ausschliessung vorzubringen und nur aus gewissen objektiven, restitutionsähnlichen, Gründen eine beschränkte Nachholung vor dem Prozessgerichte zuzulassen ist. Damit hat dieselbe das Prinzip des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlussverhandlung adoptirt. Hienach bleibt für die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte — vom Restitutionsfalle abgesehen — nur noch die Verhandlung des

Rechtspunktes, sei es mit Rücksicht auf einen abzugebenden Beschluss oder ein zu fällendes Urtheil übrig; die Thatfrage ist unabänderlich in dem Vorverfahren fixirt. (M. 488.)

2) Zu den Verhandlungen vor dem beauftragten Richter ist ein Gerichtsschreiber beizuziehen (§ 151), dessen Aufgabe es ist, das Protokoll zu führen. Dass von den Anwälten Schriftsätze überreicht und dem Protokoll als Anlagen beigefügt werden, ist, wie auch in der J.-K. (116) bemerkt wurde, zulässig sofern dieselben den Anforderungen des § 315 entsprechen.[1]) Durch solche Schriftsätze wird der beauftragte Richter nicht von seiner Verpflichtung entbunden, für die gehörige Feststellung aller im § erwähnten Punkte zu sorgen. Aber es brauchen diejenigen Punkte nicht in das Protokoll aufgenommen zu werden, welche in den Anlagen genügend festgestellt sind. (§ 146 Abs. 3.) Bezüglich der Vorlesung oder Vorlegung des Protokolls kommt § 148 zur Anwendung. Die entsprechende Anwendung der §§ 456—471 insbesondere des § 470 ist durch Abs. 1 des § beschränkt, der genau bestimmt, was zu Protokoll festzustellen ist.[2]) Bezüglich der Vorschriften über die zu Protokoll festzustellenden Punkte ist noch Folgendes zu bemerken:

a. Nicht bloss alle Ansprüche, welche erhoben, sondern auch alle Angriffs und Vertheidigungsmittel, welche von der einen oder anderen Seite geltend gemacht werden, müssen zu Protokoll festgesetzt werden, so dass Alles, was zur Begründung oder Bekämpfung der verschiedenen Ansprüche vorgebracht wurde, aus dem Protokoll zu ersehen ist. Dies muss um so mehr geschehen als ein Vorbringen neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel in der mündlichen Verhandlung nach § 319 nur unter besonderen Voraussetzungen gestattet ist. Wegen der Begriffe „Anspruch" und „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" sind die Bem. zu § 137 zu vergleichen.

b. Zu jedem Anspruch wie zu jedem Angriffs- und Vertheidigungsmittel ist im Protokoll zu bemerken, ob darüber Streit besteht oder ob die erhobenen Ansprüche anerkannt bezw. die zu deren Begründung geltend gemachten Thatsachen zugestanden werden.

c. Die Beweismittel und Beweiseinreden, welche im gewöhnlichen Verfahren (nach § 255 und 256) bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden können, müssen hier im vorbereitenden Verfahren zu Protokoll gegeben werden widrigenfalls deren Geltendmachung ausgeschlossen ist (§ 319 Abs. 2). Die Bezeichnung der Beweismittel muss den Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels entsprechen. Es genügt nicht, dass sich die Partei im Allgemeinen zum Beweis erbietet sondern es müssen die Beweismittel (die in Frage stehenden Urkunden, die Namen der Zeugen u. s. w.) angegeben werden. (Bem. II 4 zu § 121 und Bem. I. 3 zu §§ 255 ff.)

3) Nach Abs. 2 gelten für das Verfahren vor dem beauftragten Richter

[1]) V. auch Seuffert S. 383, Struckmann-Koch III. Aufl. S. 300; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 410.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 300; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 410; Gaupp II S. 216, 217.

die Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten (§§ 456 ff.). Von den Bestimmungen, welche hienach massgebend sind, ist die wichtigste die des § 464, durch welche dem beauftragten Richter, dem Zweck des vorbereitenden Verfahrens entsprechend, eine freiere Stellung eingeräumt aber auch die in der J.-K. (117) mehrfach betonte Verpflichtung auferlegt wird, die Parteien zur Abgabe bestimmter Erklärungen aufzufordern. Diese Bestimmung wird durch § 319 Abs. 1 noch verschärft. Der Anwaltszwang ist schon nach der Vorschrift des § 74 Abs. 2 ausgeschlossen, durch die Bestimmung in Abs. 2 des § aber unter allen Umständen beseitigt. Schriftsätze sind nicht obligatorisch. Bezüglich der Zustellung kann die Vermittlung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen werden (§ 152 Abs. 2.). Dass der beauftragte Richter hier das Recht hat, das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zweck der Aufklärung des Sachverhältnisses bezw. der Ausübung des Fragerechts anzuordnen, ergibt sich aus der Verweisung auf die §§ 456 ff. Der Richter, dem die Leitung des vorbereitenden Verfahrens übertragen wird, ist nicht auf die Befugniss beschränkt, welche dem beauftragten oder ersuchten Richter im Allgemeinen zustehen und zu denen das Recht, das persönliche Erscheinen anzuordnen, nicht gehört (Bem. 2 zu § 182). Er hat vielmehr den Parteien gegenüber dieselbe Stellung, die dem Amtsrichter nach den §§ 456 ff. zukommt und ist hienach berechtigt, die Parteien selbst vor sich zu fordern. In der J.-K. (116) war man auch darüber einig, dass der beauftragte Richter die in Frage stehende Befugniss habe. Es wurde der Redaktionskommission die Formulirung einer ausdrücklichen Vorschrift, „falls eine solche für erforderlich erachtet werde," überlassen. Eine solche Bestimmung wurde aber nicht in das Gesetz aufgenommen. Ein Mittel, die Partei zum persönlichen Erscheinen zu zwingen, steht dem beauftragten Richter so wenig wie dem Gerichte selbst zu Gebot. (Bem. 3 zu § 132; n. Pr. III. S. 1192.) Auch das kann einem Zweifel nicht unterliegen, dass der beauftragte Richter befugt ist, Sachverständige beizuziehen oder einen Augenschein vorzunehmen.[1]) Das vorbereitende Verfahren ist nach Abs. 2 fortzusetzen bis die Sache selbst oder ein Zwischenstreit (Bem. 3 zu §§ 275) spruchreif ist d. h. bis ein Urtheil oder ein Beweisbeschluss erlassen werden kann. Ob das vorbereitende Verfahren so weit durchgeführt ist, hat der beauftragte Richter zu entscheiden. Das Gericht kann aber, wenn es eine Ergänzung für nothwendig hält und diese sich nicht in der mündlichen Schlussverhandlung erreichen lässt, die Wiederaufnahme des vorbereitenden Verfahrens anordnen.

§ 316.

Erscheint eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so hat dieser das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemässheit der Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin anzuberaumen. Die nicht erschienene Partei

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 300; Wilmowski-Levy II Aufl. S. 410.

ist zu dem neuen Termine unter Mittheilung einer Abschrift des Protokolls zu laden.

Erscheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden und ist das vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.

(E. § 306. M. 488 ff. K. 116.)

Wenn beide Theile im Termin vor dem beauftragten Richter ausbleiben, so ruht das Verfahren (§ 228), da das vorbereitende Verfahren materiell als Fortsetzung der Hauptverhandlung angesehen werden muss. (M. 488; n. Pr. III S. 1193). Für den Fall, dass nur eine Partei erscheint, trifft dagegen § 316 besondere Bestimmungen, durch welche die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnissverfahren abgeändert werden. Da der beauftragte Richter nicht zum Erlass eines Versäumnissurtheils befugt ist und man ihm auch diese Befugniss nicht einräumen wollte, es andererseits aber als bedenklich erschien, den Erlass des Versäumnissurtheils sofort dem Prozessgerichte zu überweisen, was im Falle des Einspruchs doch wieder zu einer Fortsetzung des vorbereitenden Verfahrens geführt hätte, hat die C.-P.-O. nach dem Vorgange des pr. E. (§§ 791, 792) zu dem System der zweimaligen Ladung gegriffen. Der beauftragte Richter hat mit der erschienenen Partei allein zu verhandeln und dann einen neuen Termin zu bestimmen, zu welchem der säumige Theil unter Mittheilung des aufgenommenen Protokolls zu laden ist. Die Ladung wird hier nicht durch die Verkündung des Termins ersetzt. Sie erfolgt auch hier nicht von Amtswegen durch das Gericht, sondern ist Sache der Partei.[1]) Es kann jedoch nach § 315 Abs. 2 die Vermittlung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen werden, der die Ladung zu veranlassen hat, wenn die Partei dieselbe nicht übernimmt. (§§ 458 und 462.) Wird auch der neue Termin von der säumigen Partei nicht wahrgenommen, so ist sie in Ansehung der in dem zugestellten Protokoll enthaltenen thatsächlichen Behauptungen mit ihrem Bestreiten wie mit allen eigenen Anführungen ausgeschlossen. Das vorbereitende Verfahren hat damit sein Ende erreicht. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um eine zweimalige, denselben Punkt betreffende Versäumung vor dem beauftragten Richter handelt, da nur insoweit dem Säumigen genügende Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner Rechte gewährt war. Werden in dem zweiten Termine Seitens der erschienenen Partei neue Ansprüche oder neue Thatsachen u. s. w. vorgebracht, so ist bezüglich dieser das Verfahren fortzusetzen. Damit ist dem säumigen Theile Gelegenheit geboten, eigene selbständige Anführungen und Ansprüche noch nachzuholen. Was die ausgeschlossene Partei

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 391; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 411; Hellmann II S. 198. A. M. ist Baron in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. I S. 401 ff. insbes. S. 402 und 403.

bereits früher zu Protokoll erklärt hatte, wird übrigens durch ihre spätere Säumniss nicht berührt und bleibt ihr für die mündliche Verhandlung vor dem Prozessrichter gewahrt. (M. 489.) Durch zweimalige Versäumniss von Seite einer Partei wird hienach das Gericht zur Annahme genöthigt, dass die im zugestellten Protokoll enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners zugestanden seien ohne dass es hiezu eines Antrags der erschienenen Partei oder eines besonderen Versäumnissurtheils bedarf und ohne dass diese Versäumnissfolge durch Einspruch beseitigt werden kann. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet nicht statt. (§ 211.)[1]) Erscheint die im vorbereitenden Verfahren ausgebliebene Partei bei der mündlichen Schlussverhandlung, so ergeht allerdings ein Versäumnissurtheil nicht, aber die Entscheidung hat ebenso auf Grund der zugestandenen Thatsachen bezw. Rechtsverhältnisse zu erfolgen als wenn ein gerichtliches Geständniss vorläge. Dass der „Anspruch" als anerkannt oder als unstreitig im Sinn des § 318 Abs. 2 anzusehen ist, wird durch das Ausbleiben vor dem beauftragten Richter nicht bewirkt.[2]) Bleibt die säumige Partei auch bei der mündlichen Verhandlung aus, so kommt § 318 Abs. 2 zur Anwendung.

§ 317.

Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

§ 318.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebniss des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Theilurtheil zu erledigen. Im übrigen ist auf Antrag ein Versäumnissurtheil zu erlassen.

(E. §§ 307, 308. M. 488, 489. K. 116.)

1) Ist das vorbereitende Verfahren geschlossen, so hat der beauftragte Richter dem Vorsitzenden der Kammer, bei welcher der Prozess anhängig ist, die Akten mitzutheilen und dieser hat von Amtswegen Termin zur mündlichen

[1]) V. Struckmann-Koch und Wilmowski-Levy a. a. O.; Gaupp II S. 219. A. M. ist Siebenhaar S. 363.

[2]) So auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 411. V. dag. Endemann II S. 177.

Schlussverhandlung zu bestimmen und die Vorladung der Parteien zu veranlassen. Eine Verkündung des Termins durch den beauftragten Richter würde den Vorschriften der C.-P.-O. nicht entsprechen [1]) noch weniger eine einfache Mittheilung durch den Gerichtsschreiber. [2]) Bezüglich der Zeit, zu welcher der Schluss zu erfolgen hat, ist, wenn die beiden Parteien erschienen sind, § 315 Abs. 2, andernfalls § 316 Abs. 2 massgebend. Uebrigens hat der beauftragte Richter auch dann dem Prozessgerichte die Akten mitzutheilen, wenn ein Theil der geltend gemachten Ansprüche spruchreif ist und ein Theilurtheil (§ 273) beantragt wird, denn ein solches kann vom Prozessgericht in jedem Stadium des Verfahrens erlassen werden. (n. Pr. III S. 1194.)

2) In der mündlichen Verhandlung, in welcher nur auf Grund der ein für alle Mal feststehenden Thatsachen bezw. Behauptungen die Rechtsfragen zu erörtern sind (Bem. I. 1 zu § 315), muss dem Gericht das Ergebniss des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls von den Parteien vorgetragen werden. Der Weg der Berichterstattung durch ein Gerichtsmitglied wurde für unzweckmässig gehalten. Ein Antrag, nach welchem eine solche Berichterstattung erfolgen sollte, wurde in der J.-K. (116) zurückgezogen. Da die Entscheidung lediglich auf Grund des Protokolls zu erfolgen hat, muss der Inhalt desselben vollständig und genau vorgetragen werden. Daraus ergibt sich von selbst, dass bei Abweichungen des Vortrags vom Inhalt des Protokolls bezw. bei Unvollständigkeiten des Vortrags der Vorsitzende die Berichtigung oder Vervollständigung nöthigenfalls nach Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen hat. (M. 488).

3) Bleibt eine der Parteien bei der mündlichen Schlussverhandlung aus, so ist bezüglich des zu erlassenden Urtheils zwischen den Ansprüchen, die nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens als unbestritten oder anerkannt anzusehen sind und zwischen den streitigen Ansprüchen zu unterscheiden. Bezüglich der ersteren Ansprüche ist auf Grund des im Protokoll festgestellten Anerkenntnisses ein endgültiges Urtheil zu erlassen, das nicht die Natur eines Versäumnissurtheils hat und desshalb auch nicht durch Einspruch angefochten werden kann. Dieses Theilurtheil setzt einen besonderen Antrag nicht voraus. [3]) Als „unstreitig" sind übrigens nur diejenigen Ansprüche anzusehen, welche ausdrücklich anerkannt wurden (§ 278), nicht solche, die an sich bestritten wurden hinsichtlich deren aber die zu ihrer Begründung vorgebrachten Thatsachen ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden worden sind. Bezüglich dieser letzteren hat das Gericht durch Versäumnissurtheil darüber zu entscheiden, ob durch die zugestandenen Thatsachen der Anspruch gerechtfertigt wird. (§ 296.) [4])

[1]) So auch Gaupp II S. 219 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 412. V. dagegen Struckmann-Koch III. Aufl. S. 301, Endemann II S. 178.

[2]) V. die angeführten Schriftsteller, insbes. Struckmann-Koch S. 301. A. M. ist von Sarwey I S. 478.

[3]) V. auch Struckmann-Koch III Aufl. S. 302; von Sarwey I S. 478; Hellmann II S. 200; Gaupp II S. 220; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 412, 413. A. M. ist Endemann II S. 179.

[4]) So auch Struckmann-Koch a. a. O.; Wilmowski-Levy S. 413; Gaupp II S. 220, 221. A. M. sind Puchelt II S. 148 ff.; Endemann II S. 177; Kleiner II S. 248, 249.

Hinsichtlich der bestrittenen Ansprüche kommen die Vorschriften der §§ 295 ff. zur Anwendung und ist auf Antrag Versäumnissurtheil zu erlassen, das durch Einspruch angefochten werden kann. Die Rechte, welche der erschienenen Partei aus dem vorbereitenden Verfahren erwachsen (§§ 316 und 319), bleiben unter allen Umständen in Kraft; die Rechte der ausgebliebenen Partei nur, wenn dieselben mittelst Einspruchs gewahrt werden. (M. 489.) Ein Antrag, nach welchem das beim Ausbleiben einer Partei ergehende Urtheil nach keiner Richtung hin als Versäumnissurtheil angesehen werden also auch niemals Einspruch gestattet sein sollte, wurde von der J.-K. (116, 117) abgelehnt.

§ 319.

Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Erklärungen einer vor dem beauftragten Richter erschienenen Partei sind nur insoweit als unterblieben anzusehen, als die Partei von dem Richter zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert worden ist.

Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.

(E. § 309. M. 488 ff. K. 117, 118.)

1) Die in Abs. 1 und 2 des § vorgesehenen Ausschliessungen ergeben sich aus der Natur des vorbereitenden Verfahrens. In diesem ist vor dem beauftragten Richter das thatsächliche Prozessmaterial vollständig festzustellen und sind in der mündlichen Schlussverhandlung lediglich die Ergebnisse dieses Verfahrens vorzutragen und die streitigen Rechtsfragen zu erörtern. Für die Berufungsinstanz wirken diese Ausschliessungen nicht, da nach §§ 491 und 493 dort auch solche Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht wurden, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorgebracht werden dürfen und die Nachholung der in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen gestattet ist. In der 168sten Sitzung der J.-K. (S. 7) machte zwar Justizminister Leonhard geltend, „es könne nicht im Sinne der C.-P.-O. liegen, im Rechnungsverfahren in der Berufungsinstanz die Nachholung von Thatsachen und Erklärungen zu gestatten“ und stellte anheim, eine Subkommission mit dem Auftrage zu versehen, dem Plenum der Kommission

in dieser Beziehung Vorschläge zu machen. Auch erklärte sich der Berichterstatter mit diesen Ausführungen einverstanden und es wurde auf dessen Antrag die Redaktionskommission ermächtigt, solche Vorschläge zu machen. Später wurde aber Namens der Redaktionskommission berichtet, es hätten sich einer raschen Erledigung des Auftrags Bedenken entgegengestellt, worauf die Sache auf sich beruhen blieb. In Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift müssen also die §§ 491 und 493 auch hier zur Anwendung kommen.[1])

2) Die Vorschriften der §§ 129, 404 und 417, nach welchen jede Partei verpflichtet ist, sich über die vom Gegner behaupteten Thatsachen sowie über die Echtheit einer Privaturkunde und über die Annahme oder Zurückschiebung eines zugeschobenen Eides zu erklären, kommen auch im vorbereitenden Verfahren zur Anwendung und es treten im Falle des Unterbleibens oder der Verweigerung einer Erklärung die in diesen §§ angedrohten Rechtsfolgen ein. Während diese Erklärungen im gewöhnlichen Verfahren in der mündlichen Verhandlung abzugeben sind, müssen sie jeboch im vorbereitenden Verfahren (nach § 315) vor dem beauftragten Richter erfolgen und können nach Abs. 1 des § in der mündlichen Schlussverhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Nur wenn der Gegner einwilligt, ist nach dem in § 267 aufgestellten Grundsatz eine Abweichung gestattet.[2]) Nach dem von der J.-K. beigefügten Zusatz[3]) (Abs. 1 Satz 2) tritt die angedrohte Ausschliessung nur dann ein, wenn die Partei (gemäss § 464) von dem beauftragten Richter ausdrücklich zu Abgabe einer Erklärung aufgefordert wurde. Auch muss diese Aufforderung und die Unterlassung oder Verweigerung einer Erklärung im Protokoll festgestellt worden sein, damit Abs. 1 des § Anwendung finden kann. Bezüglich der Erklärung über Urkunden ist dieser Grundsatz auch in § 468 aufgestellt.

3) Nach den §§ 33, 241 und 253 können in der mündlichen Verhandlung unter gewissen Voraussetzungen neue Ansprüche erhoben und nach den §§ 251 und 256 können alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel sowie Beweismittel und Beweiseinreden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden. Im vorbereitenden Verfahren müssen alle diese Rechtsbehelfe nach dem bei § 215 (Bem. I. 1) erörterten Grundsatze vor dem beauftragten Richter geltend gemacht werden. Auch wird die Partei in der Regel damit ausgeschlossen, wenn sie die rechtzeitige Geltendmachung unterlassen hat und der Gegner nicht auf die Geltendmachung des ihm Zustehenden Einwands verzichtet. (V. Bem. 2.) Nur falls glaubhaft gemacht wird, dass das betr. Angriffs- oder Vertheidigungsmittel u. s. w. erst später entstanden

[1]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 453; Puchelt Bd. II S. 149; Seuffert S. 387 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 407 und 414; von Sarwey I S. 480; Gaupp II S. 223.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 303; Endemann II S. 178, 181; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 414. A. M. ist von Sarwey I S. 480.

[3]) In der Justizkommission (117, 118) wurde zwar ein Antrag von Bähr, durch welchen festgestellt werden sollte, dass nur die „auf Anfordern unterbliebene“ Erklärung die Präklusion rechtfertige, abgelehnt. Durch den auf Antrag der Redaktionskommission angenommenen Zusatz wird aber derselbe Zweck erreicht.

oder der Partei bekannt gemacht worden ist, kann die Geltendmachung noch in der mündlichen Verhandlung erfolgen. Wird diese gestattet, so kann das Gericht die Sache vor den beauftragten Richter zurückverweisen; nothwendig ist dies aber nicht. Unter allen Umständen hat der Gegner das Recht, sich über die neuen Angriffs- und Vertheidigungsmittel zu erklären und kann gegebenen Falls desshalb eine Vertagung verlangen.

Fünfter Titel.

Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

(§§ 320—325.)

Vorbemerkungen.

1) Während die C.-P.-O. die materiellen den Beweis betreffenden Vorschriften im unmittelbaren Anschluss an die Regelung des Verfahrens in der ersten Instanz in den §§ 255—266 gibt und über die Beweislast (Bem. III. zu §§ 255 ff.) überhaupt keine Bestimmungen enthält, regelt der gegenwärtige Titel als Einleitung zur Lehre von den einzelnen Beweismitteln das Verfahren bei Anordnung und Aufnahme des Beweises im Allgemeinen. Die hier getroffenen Bestimmungen entsprechen vielfach, besonders was den Beweisbeschluss und seine Erledigung angeht, bewährten Vorschriften des altpreussischen Rechts.

2) Von den bezüglich der Beweisaufnahme aufgestellten Regeln ist besonders hervorzuheben;

a. dass dieselbe, wenn es irgend möglich ist, vor dem Prozessgerichte erfolgen soll (§ 320);

b. dass nach §§ 326—333 in Abweichung von dem Grundsatz des Prozessbetriebs durch die Parteien der Beweisbeschluss vom Prozessgericht von Amtswegen durchzuführen ist. (Vorbem. 1 zu §§ 152 ff.)

§ 320.

Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozessgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozessgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

(E. § 310. M. 489. K. 118.)

1) Dass die Beweisaufnahme regelmässig vor dem Prozessgerichte erfolgen soll, ist eine Folge des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Verhandlung und

der freien Beweiswürdigung. Abweichungen hievon sind nur in den dringendsten Fällen (§§ 337, 340, 370, 441) gestattet; auch hat das Prozessgericht die Befugniss, zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme zu schreiten, soweit solche nicht wie beim Eide durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist.

2) Ob von der durch das Gesetz eingeräumten Befugniss, die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter zu übertragen, Gebrauch zu machen ist, hat das Gericht im einzelnen Falle nach freiem Ermessen zu entscheiden. Der beauftragte Richter braucht nicht bei dem Beweisbeschlusse mitgewirkt zu haben. Er kann auch ein Handelsrichter sein.[1]) Der in dieser Beziehung ergehende Beschluss kann selbst dann nicht angefochten werden wenn die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen wurde obgleich keiner der im Gesetz bezeichneten Ausnahmsfälle vorliegt. Nach den Motiven (489) hat es zwar den Anschein, dass die Anfechtung nur dann ausgeschlossen werden sollte wenn einer der Fälle vorliegt, in welchen die Uebertragung gestattet ist, das Gericht also „nach diskretionärem Ermessen" entscheidet. Die Fassung des Gesetzes schliesst aber jede derartige Beschränkung aus.[2])

3) Wird ein anderes Gericht um Aufnahme des Beweises ersucht, so kommen bezüglich der zu leistenden Rechtshülfe die §§ 157 ff. G.-V.-G. zur Anwendung. Das Ersuchen ist, wenn die Beweisaufnahme im Inlande erfolgen soll, immer an dasjenige Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirk die Amtshandlung vorgenommen werden soll. Wo die Abhör von Zeugen u. s. w. stattzufinden hat, bestimmt das Prozessgericht ohne dass hiefür der Wohnort der Zeugen entscheidend ist. Dasselbe kann mit Rücksicht darauf, dass die Vernehmung an Ort und Stelle als zweckmässig erscheint oder dass die in verschiedenen Bezirken wohnenden Zeugen gleichzeitig zu vernehmen sind, einem Amtsgericht auch die Vernehmung solcher Zeugen übertragen, welche nicht in dessen Bezirk wohnen. Für die Beweisaufnahme im Ausland sind die §§ 328 und 329 massgebend. Ausländische Gerichte sind nicht als „andere Gerichte" im Sinne des § 320 anzusehen.[3])

§ 321.

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hinderniss von ungewisser Dauer entgegen, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

(E. § 311. M. 489, 490. K. 118.)

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 304; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 415.

[2]) V. auch Struckmann-Koch S. 305; Wilmowski-Levy S. 416. A. M. ist Endemann II S. 183.

[3]) V. R.-G. 8. Mai 1880, Entscheidungen Bd. II S. 371 ff., Annalen II S. 204.

Mit Rücksicht auf die Lage des Prozessgegners soll durch die Vorschrift des § dafür gesorgt werden, dass durch Beweisantretungen, deren Erledigung ungewiss oder doch von ungewisser Dauer ist, die Beendigung nicht nach dem Belieben des Beweisführers in das Unbegrenzte hinaus verzögert werde (M. 489). Man wollte aber im Hinblick auf den Beweisführer keine zwingenden Vorschriften erlassen. Da das Gericht die Frist zur Beweisaufnahme nach freiem Ermessen festzusetzen hat und dieselbe (nach § 202 ff.) verlängern kann, ist es in der Lage, allen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Bei Anwendung des § handelt es sich „insbesondere von abwesenden, sehr entfernten, nicht oder schwer zu ermittelnden Zeugen und von Urkunden, welche nicht aufzufinden oder von den Besitzern nicht oder nur schwer z. B. nur auf dem Wege eines besonderen Editionsprozesses (§ 396) und dergl. zu erlangen sind." (M. a. a. O.) Wurde die vom Gericht bestimmte, an sich peremtorische, Frist versäumt, so hat ihre Versäumung, wie sich aus den §§ 208 und 209 ergibt, kraft Gesetzes ohne dass der Eintritt der Ausschliessung von einem richterlichen Ausspruch abhängig ist, den Ausschluss der Partei mit der betr. Beweisführung zur Folge. (M. a. a. O.) Die nachträgliche Benutzung des Beweismittels kann aber noch gestattet werden sofern dadurch das Verfahren keine Verzögerung erleidet, z. B. wenn im Verhandlungstermine vor dem Prozessgerichte der Zeuge oder die Urkunde beigebracht wird. (M. 489 und 490.) Uebrigens kann auch das in der ersten Instanz ausgeschlossene Beweismittel in der Berufungsinstanz benützt werden. (§ 491.)

§ 322.

Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

(E. § 312. M. 490. K. 118.)

Die Befugniss der Parteien, bei der Beweisaufnahme zugegen zu sein, würde sich schon aus den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 75, 128 Abs. 4, 258) ergeben, wurde aber ausdrücklich festgestellt weil bisher vielfach (nach gemeinem und preussischem Prozess) die Gegenwart der Parteien bei der Vernehmung von Zeugen nicht gestattet war. Aus dieser Befugniss der Parteien ergibt sich die Verpflichtung des beauftragten und ersuchten Richters, die Parteien vom Termin zu benachrichtigen sofern derselbe nicht verkündet worden ist. Findet in Anwaltsprozessen (§ 74 Abs. 1) die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht statt, so gilt die Partei nur dann als vertreten, wenn ihr Anwalt oder ein Vertreter desselben zugegen ist. Die Partei wird auch hier bezüglich der ihr zustehenden Befugnisse insbesondere des Fragerechts vom Rechtsanwalt vertreten. Jedoch kommt § 128 Abs. 4 auch bei der Beweisaufnahme zur Anwendung.[1]) Erfolgt die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so ist der Anwaltszwang auch in Anwaltsprozessen ausgeschlossen. (§ 74 Abs. 2.)

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 417.

§ 323.

Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbeschluss anzuordnen.

§ 324.

Der Beweisbeschluss enthält:

1. die Bezeichnung der streitigen Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist;
2. die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;
3. die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat;
4. die Eidesnorm, wenn die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides angeordnet wird.

§ 325.

Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der früheren Verhandlung beantragt werden.

(E. §§ 313—315. M. 490. K. 118, 125, 183.)

1) Falls die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren nicht erfordert, z. B. wenn in der mündlichen Verhandlung eine Urkunde vorgelegt und anerkannt wird oder die Zeugen bezw. Sachverständigen freiwillig erschienen sind oder der Gegenstand des Augenscheins sofort vorgelegt werden kann, ist ein Beweisbeschluss nicht nöthig. Das Gericht kann vielmehr sofort die Beweisaufnahme vornehmen und dann darüber entscheiden, ob die in Frage stehenden thatsächlichen Behauptungen für wahr oder für unwahr zu halten sind. Kann aber eine solche Entscheidung auf Grund der mündlichen Verhandlung bezw. der mit dieser verbundenen Beweisaufnahme nicht erfolgen oder erbieten sich die Parteien zu Beweisen, welche geeignet sind, das Ergebniss der mündlichen Verhandlung umzustossen, so ist durch Beweisbeschluss d. h. durch eine einfache prozessleitende Verfügung (Bem. I. 1 zu §§ 255 ff. und Bem. I. zu §§ 257 ff.) eine Beweisaufnahme anzuordnen. Dass dieser Beweisbeschluss, durch den die Beweislast nicht geregelt wird, das Gericht nicht bindet und dasselbe von dessen Ausführung ganz oder theilweise absehen kann, ergibt sich aus dessen Natur als einer prozessleitenden, jederzeit abänderlichen Verfügung. (M. 490; Bem. I. 2 zu §§ 257 ff.) Nach § 325 kann aber eine Aenderung desselben vor seiner Erledigung von

keiner Partei auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden. Diese Vorschrift wurde durch die Erwägung gerechtfertigt, dass die Erledigung des Beweisbeschlusses nicht durch Abänderungsvorschläge gestört und verzögert werden dürfe. Keine der Parteien soll mit der Behauptung den Beweisbeschluss anfechten dürfen, es sei auf Grund der dem letzteren vorangegangenen Verhandlungen kein oder ein anderer Beweis anzuordnen gewesen. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Partei auf Grund neuer Momente eine Ausdehnung des Beweisbeschlusses in Antrag bringt, der sich als neuer Beweisbeschluss betrachten lässt. Auch kann die Partei unter Umständen mit dem Verlangen gehört werden, dass zur Ersparung von Zeit und Kosten mit der weiteren Beweisaufnahme eingehalten werde. (M. 490.)

2) Was den Umfang anlangt, in welchem erforderlichen Falles Beweis anzuordnen ist, so enthält sich die C.-P.-O. jeder Bestimmung indem sie davon ausgeht, dass sich das Gericht bei Erlass des Beweisbeschlusses in Beziehung zu dem künftig zu erlassenden Urtheile setzt, demnach auch das richterliche Ermessen allein darüber entscheiden kann, ob sich im einzelnen Falle die Ausdehnung der Beweisaufnahme auf den ganzen Umfang der Streitpunkte bezw. der zu einem Streitpunkte gehörenden Thatsachen oder die Beschränkung der Erhebung des Beweises auf einen bestimmten Theil empfiehlt. (M. 490. V. auch Bem. 1 zu §§ 272 ff. und Bem. 2 zu § 279.) Aus der Natur des Beweis-Beschlusses ergibt sich, dass die Vorschrift des § 284 über den Inhalt des Urtheils hier keine Anwendung finden kann und dass derselbe weder einen Thatbestand noch Entscheidungsgründe vielmehr nur die für die Beweisaufnahme nöthigen Anordnungen zu enthalten hat. (V. Vorbem. 1.) Es ist genügend, wenn in dem Beschlusse gesagt ist, dass Kläger bezw. Beklagter bezüglich bestimmter Thatsachen zum Beweise der Wahrheit bezw. Unwahrheit durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden u. s. w. zugelassen werde und dass dann zur Beweisaufnahme ein Termin bestimmt oder dieselbe einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen wird. Die Bestimmung des § 286, nach welcher das Urtheil von den bei demselben mitwirkenden Richtern zu unterschreiben ist, findet auf den Beweisbeschluss ebensowenig wie auf andere Beschlüsse Anwendung. (Bem. 4 zu § 286.)

3) Bezüglich der im § 324 enthaltenen Vorschriften ist zu bemerken:

a. Die streitigen Thatsachen, über welche Beweis erhoben werden soll, sind im Anschluss an die Behauptungen der Partei zu bezeichnen. Was nicht behauptet wurde, kann auch nicht unter Beweis gestellt werden. (Bem. 2 zu § 130.) Im Anwaltsprozess wird der Beweis, wenn das Gericht denselben für erheblich hält, in der Regel in der Form zugelassen werden, in welchen er von den Parteien angeboten worden ist. Doch ist dies keineswegs nothwendig. Vielmehr hat das Gericht dafür zu sorgen, dass die Thatsachen, über welche Beweis erhoben werden soll, genau bezeichnet werden. Gemeinverständliche Rechtsbegriffe (Kauf, Darlehen, Miethe u. s. w.) brauchen nicht in ihre Bestandtheile zerlegt zu werden. (Bem. I, 1 zu § 410.)[1])

[1]) V. auch Wach, Vorträge S. 169, 170; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 418.

b. Die Zeugen und Sachverständigen sind nach Namen, Stand und Wohnort zu benennen. Doch genügt es, dass über deren Identität ein Zweifel nicht besteht. In den Fällen, in welchen die Benennung der Sachverständigen einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen wird (§§ 337 und 370), kann die in Nr. 2 enthaltene Vorschrift keine Anwendung finden.

c. Die Partei, welche sich auf ein bestimmtes Beweismittel berufen hat, braucht nicht beweispflichtig zu sein. Aus der Bezeichnung der beweisführenden Partei, bei der sich das Gericht lediglich an die Thatsache des Beweisanerbietens hält, folgt desshalb nichts für die Beweislast. (Bem. II. 1 zu §§ 255 ff.)

d. Die Abnahme eines Eides ist in der Regel durch bedingtes Endurtheil anzuordnen (§ 425) und es muss dies immer geschehen wenn es sich um einen richterlichen Eid handelt (§ 439 Abs. 3). Die Fälle, in welchen die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides durch Beweisbeschluss angeordnet werden kann, sind in § 426 bezeichnet. Würde in dieser Beziehung den Vorschriften der C.-P.-O zuwidergehandelt, so kann § 267 zur Anwendung kommen.[1])

§ 326.

Soll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozessgerichts erfolgen, so wird bei der Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter bezeichnet und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.

Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

§ 327.

Soll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Ersuchungsschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.

Die auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift von dem ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozessgerichts übersendet, welcher die Parteien von dem Eingange benachrichtigt.

§ 328.

Soll die Beweisaufnahme im Auslande erfolgen, so hat

[1]) V. R.-G. 30. Nov. 1880, Entscheidungen Bd. III S. 365 ff.

der Vorsitzende die zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

§ 329.

Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so kann das Gericht anordnen, dass der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, dass der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staates entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntniss zu setzen, dass derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.

(E. § 316—319. M. 490 ff. K. 125.)

1) In allen Fällen, in denen die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozessgericht erfolgt, hat der Vorsitzende der betr. Kammer für die Vornahme derselben zu sorgen, indem er den beauftragten Richter bezeichnet bezw. das Ersuchungsschreiben an den ersuchten Richter erlässt. Wie die Bezeichnung des Gerichtsmitgliedes, das mit der Aufnahme des Beweises beauftragt wird, so ist auch dessen Ersetzung im Falle der Verhinderung Sache des Vorsitzenden, nicht des Gerichts. Soll ein anderes inländisches Gericht um Beweisaufnahme ersucht werden, so ist das Ersuchen stets an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirk dieselbe erfolgen soll. (Bem. 3 zu § 320.) Bei einer im Ausland vorzunehmenden

Beweisaufnahme ist das Ersuchen, wenn dieselbe durch einen Reichskonsul erfolgen kann, (vgl. §§ 20 ff. des Reichsgesetzes vom 6. Nov. 1867), stets an diesen, anderenfalls an diejenige Behörde zu richten, welche nach der Gerichtsverfassung des fremden Staates zuständig ist, d. h. Ersuchungsschreiben dieser Art entweder selbst zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat (M. 490). Auch das Ersuchungsschreiben an den Reichskonsul muss vom Vorsitzenden ergehen. Dagegen kann das Ersuchen einer ausländischen Behörde dem Beweisführer überlassen werden (Bem. 3). Die Entscheidung darüber, ob ein Konsul oder eine ausländische Behörde zu ersuchen ist, steht dem Gericht, nicht dem Vorsitzenden zu.[1])

2) Wie die Beauftragung bezw. das Ersuchen des Richters, dem die Beweisaufnahme übertragen wird, so ist auch diese selbst von Amtswegen zu besorgen. Wurde ein Gerichtsmitglied mit der Beweisaufnahme beauftragt und vom Vorsitzenden bei Verkündung des Beweisbeschlusses der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt, so bedarf es einer Ladung der Parteien nicht. (§ 294). Der ersuchte Richter hat den Termin zur Beweisaufnahme von Amtswegen festzusetzen, ebenso der beauftragte Richter, wenn die Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden unterblieben ist. In diesen Fällen sind die Parteien vom Termin zu benachrichtigen. (Bem. zu § 322.) Bezüglich der Erledigung der Beweisaufnahme kommen di besonderen Vorschriften der C.-P.-O. zur Anwendung.

Die Vorladung der Zeugen und Sachverständigen wird durch den Gerichtsschreiber besorgt (§§ 342 und 367). Derselbe hat nur die im Beweisbeschluss bezeichneten Zeugen, nicht auch solche Zeugen zu laden, welche ihm eine Partei nachträglich benennt. Ebenso hat sich der beauftragte oder ersuchte Richter auf die Erledigung des Beweisbeschlusses zu beschränken.[2])

Die bezüglich der Beweisaufnahme aufgenommenen Protokolle, welche im allgemeinen den in §§ 145 ff. enthaltenen Vorschriften entsprechen müssen, sind von dem ersuchten Richter an den Gerichtsschreiber des Prozessgerichts einzusenden, der die Parteien von dem Eingang zu benachrichtigen hat. Dasselbe muss geschehen wenn die Beweisaufnahme durch einen beauftragten Richter erfolgte. Auch der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung ist, wenn er nicht schon im Beweisbeschluss bestimmt wurde, von Amtswegen und zwar vom Vorsitzenden festzusetzen. (Bem. II. 3 zu §§ 205 ff.)

3) Auch wenn eine ausländische Behörde (§ 328 Abs. 1) um Aufnahme des Beweises zu ersuchen ist, hat dies in der Regel durch den Vorsitzenden zu geschehen. Bezüglich der Beförderung der Ersuchungsschreiben sind die bestehenden Vorschriften insbesondere die Bestimmungen der Staatsverträge massgebend, nach welchen häufig der sogen. diplomatische Weg eingehalten werden muss. Findet das Prozessgericht, dass einem unmittelbaren Ersuchen der zuständigen ausländischen Behörde Bedenken entgegenstehen; ist es z. B. zweifelhaft oder ungewiss, ob und wo eine solche Behörde vorhanden und wie dieselbe zu bezeichnen ist,

[1]) V. Endemann II S. 190; Gaupp II S. 232; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 420. A. M. sind Struckmann und Koch III. Aufl. S. 310.

[2]) V. die Abhandl. des Verfassers in Busch's Zeitschrift für d. Civilprozess Bd. IV S. 314 ff.; ferner O.-L.-G. Köln 30. Jan. 1880, rhein. Archiv Bd. 71 Abth. II S. 20

so kann nach § 329 dem Beweisführer die Erledigung der Beweisaufnahme bezw. der Versuch überlassen werden, etwa durch Vermittlung von kaufmännischen Geschäftsfreunden oder auf sonst zugänglichen Wegen die Beweisaufnahme zu erwirken. Dieses Verfahren kann auch dann in Anwendung kommen, wenn nach den ausländischen Gesetzen bei den dortigen Behörden die Beweisaufnahme von dem Beweisführer selbst betrieben werden muss. (M. 490.) Ob das Gericht nur die Besorgung des Ersuchungsschreibens und die Erledigung desselben dem Beweisführer überlassen oder sich auf die in § 329 Abs. 2 vorgesehene Anordnung beschränken will, hängt von seinem Ermessen ab. Die gemäss Abs. 3 dieses § festzusetzende Frist ist wie die des § 321 peremtorisch. Dagegen hängt es vom Ermessen des Gerichts ab, ob die Unterlassung oder Verspätung der in § 329 Abs. 4 vorgeschriebenen Benachrichtigung die Benützung der Beweisverhandlung ausschliessen soll.

§ 330.

Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäss erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntniss zu setzen.

§ 331.

Erhebt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist, so erfolgt die Erledigung durch das Prozessgericht.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

(E. § 320 und 321. M. —. K. —.)

1) Ob der beauftragte oder ersuchte Richter von der ihm durch § 330 eingeräumten Befugniss Gebrauch machen will bezw. ob genügende Gründe hiezu vorliegen, ist dessen freier Beurtheilung überlassen. Sind die Gründe, welche es nothwendig machten, von der Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte abzusehen, weggefallen, so ist übrigens der beauftragte oder ersuchte Richter berechtigt, hievon dem Gericht Mittheilung zu machen und kann dieses dann den Beweis-

beschluss abändern. Für die Mittheilung an die Parteien ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Es bedarf daher einer förmlichen Zustellung nicht.[1])

2) Zur selbständigen Entscheidung von Streitigkeiten ist der beauftragte wie der ersuchte Richter nur dann befugt, wenn ihm diese durch das Gesetz ausdrücklich übertragen wurde (§§ 365, 367, 371 Abs. 4). Wo dies nicht geschehen ist, steht die Entscheidung dem Prozessgerichte zu und es ist diese durch den beauftragten oder ersuchten Richter einzuholen falls von der Erledigung des Streits die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängt (vgl. z. B. die §§ 352, 377).

§ 332.

Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie ohne ihr Verschulden ausser Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, dass durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlasst sei.

§ 333.

Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.

(E. §§ 322 u. 323. M. —. K. 125, 126.)

1) Nach Abs. 1 des § 332, der sich auf die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht wie auf die vor dem beauftragten oder ersuchten Richter bezieht (K. 125), ist diese, soweit es nach Lage der Sache geschehen kann, auch dann zu bewirken, falls keine der Parteien erschienen ist. Nur wenn die Parteien aus-

[1]) V. hiezu Struckmann-Koch III. Aufl. S. 309, 312; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 422; Gaupp II S. 236. A. M. ist Hellmann II S. 213.

drücklich vereinbart haben, dass der Prozess ruhen solle und dies dem Gericht bezw. dem beauftragten oder ersuchten Richter mitgetheilt wurde, hat die Beweisaufnahme zu unterbleiben. (Bem. 2 zu § 228.) Vor dem Prozessgericht kann, wenn eine Partei ausgeblieben ist, vor Beendigung der Beweisaufnahme der Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils in wirksamer Weise nicht gestellt werden. Wohl aber kann dies nach dem Schluss der Beweisaufnahme geschehen, da der zur Beweisaufnahme festgesetzte Termin (nach § 335) zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist. Ergeht in diesem Falle ein Versäumnissurtheil, so hat die Beweisaufnahme vorerst jede Bedeutung verloren und ist lediglich auf Grund der §§ 295 und 296 zu entscheiden. Wenn in zulässiger Weise Einspruch erhoben wird, erlangt aber die Beweisaufnahme ihre volle Bedeutung wieder, da in diesem Falle der Prozess in die frühere Lage zurückversetzt wird. (§ 307.) Die Ansicht, nach welcher sich die Vorschrift des § 332 Abs. 1 nur auf diejenigen Fälle beziehen soll, in welchen die Beweisaufnahme vor einem beauftragten Richter stattfindet, ist mit der bestimmten Fassung des Gesetzes unvereinbar, der gegenüber die Stellung des § zwischen den §§ 326—331 und 334 nichts entscheiden kann. Die Beweisaufnahme soll unter allen Umständen stattfinden, weil das Versäumnissurtheil durch Einspruch leicht beseitigt werden kann und den Zeugen und Sachverständigen wiederholte Reisen und Termine erspart werden sollen.[1])

2) Kann die Beweisaufnahme wegen des Nichterscheinens einer Partei, z. B. wenn diese den Gegenstand des Augenscheins oder der Begutachtung vorzuzeigen hat, nicht erfolgen oder doch nicht vollständig durchgeführt werden, so trifft diese Partei die allgemeine Folge der Versäumung einer Prozesshandlung (§§ 208 ff.; M. 490.). Die Nachholung des Versäumten ist nur unter den in § 332 Abs. 2 hervorgehobenen Voraussetzungen und auch dann nur bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung zulässig, auf welche eine endliche Entscheidung (Zwischen-, Theil-, Endurtheil) ergeht. (M. a. a. O.) Nur das Prozessgericht, nicht der beauftragte oder ersuchte Richter, hat über die Frage zu entscheiden, ob noch eine nachträgliche Beweisaufnahme bezw. eine Vervollständigung erfolgen soll.[2]) Für die Berufungsinstanz wirkt diese Ausschliessung nicht fort (§§ 491 und 493).

3) Die Vorschrift des § 333 findet sowohl Anwendung, wenn beide Parteien erschienen waren, als wenn nur eine derselben oder gar keine anwesend war. Wurde der neue Termin verkündet, so bedarf es keiner Ladung der Partei. Vor Beendigung der Beweisaufnahme im Sinne der §§ 332 Abs. 1 und 333 kann es weder zu einem Ruhen des Prozesses noch zu einem Versäumnissurtheil kommen. (Bem. 1 zu § 335.) Ist die Verkündung unterblieben z. B. weil nicht abgesehen

[1]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 312; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 423; Fitting, Lehrbuch § 63 Anm. 1; Gaupp II S 238, D. Juristenzeitung Bd. VI. S. 153 ff. und im Wesentlichen Fischer bei Rassow und Küntzel Bd. 24 (Dritte Folge Bd. IV) S. 839 ff.; ferner R.-G. 20. März 1880, Entscheid. Bd. I S. 238. A. M. sind Meyer bei Rassow und Küntzel Bd. 22 S. 509 und Endemann im Kommentar (Bd. II S. 153 194, 197) und in der Z. für d. Civilprozess Bd. IV S. 191 ff.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 313; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 424. A. M. ist Endemann II. S. 195.

werden konnte, wann ein erkrankter oder abwesender Zeuge werde erscheinen können, so ist der neue Termin von Amtswegen bekannt zu geben (§ 294 Abs. 3).

§ 334.

Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme den für das Prozessgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, dass sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.

(E. § 324. M. 490. K. —.)

Erfolgt die Beweisaufnahme durch eine ausländische Behörde, so sind für dieselbe nach dem Grundsatze „locus regit actum" zunächst die Gesetze des Ortes massgebend, an dem sie vorgenommen wird. Dieselbe kann nicht bemängelt werden, weil die Bestimmungen der C.-P.-O. nicht beobachtet worden seien. Entspricht dieselbe den für das Prozessgericht geltenden Gesetzen, so kann aber auch daraus kein Einwand entnommen werden, dass dieselbe nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist. „Die Vorschrift des § ist allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Art. 85 der deutschen W.-O. entsprechend" (M. 490). Dieselbe kommt auch dann zur Anwendung, wenn eine Eidesabnahme durch ein ausländisches Gericht erfolgte.[1])

§ 335.

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, dass die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgerichte bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

(E. § 325. M. —. K. —.)

1) Die in Abs. 1 des § enhaltene Vorschrift soll nicht bloss zur Beschleunigung der Prozesse dienen sondern es auch der erscheinenden Partei ermöglichen,

[1]) V. R.-G. 8. Mai 1880, Entscheid. II 371 ff., Annalen II S. 204.

unmittelbar nach Beendigung der Beweisaufnahme Erlass eines Versäumnissurtheils zu beantragen, wenn der Gegner nicht erschienen ist. (Bem. I. 3 zu §§ 295 ff.) Die Bestimmung des Termins zur Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte wirkt hienach kraft Gesetzes und ohne dass es einer besonderen Erwähnung bedarf, als Terminsbestimmung für die mündliche Verhandlung. Allerdings kann das Gericht, wenn die Beweisaufnahme beendigt ist, für die mündliche Verhandlung einen anderen Termin bestimmen (§§ 205 und 206); es ist aber nicht berechtigt, schon im Beweisbeschluss für die mündliche Verhandlung einen anderen Termin als für die Beweisaufnahme festzusetzen und dadurch den Parteien von vornherein die Möglichkeit zu entziehen, falls der Gegner ausbleibt, Versäumnissurtheil zu beantragen.[1]) Die Vorschrift des Abs. 1 kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Termin vor dem Prozessgericht nicht zur vollständigen Beweisaufnahme bestimmt ist, sondern dieselbe theilweise durch einen beauftragten oder ersuchten Richter bewirkt werden soll. Das Gesetz unterscheidet nicht; es besteht aber auch kein innerer Grund, der eine solche Unterscheidung rechtfertigen könnte.[2]) Nach §§ 332 Abs. 1 und 333 ist die Beweisaufnahme, soweit dies nach Lage der Sache geschehen kann, ohne Rücksicht auf die Anwesenheit der Parteien durchzuführen und nöthigenfalls von Amtswegen ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder Fortsetzung derselben zu bestimmen. Solange diesen Vorschriften nicht genügt ist, kann die mündliche Verhandlung nicht beginnen, also weder, wenn beide Parteien ausgeblieben sind, ein Ruhen des Verfahrens eintreten noch, wenn eine Partei erschienen ist, ein Versäumnissurtheil erwirkt werden. Von beidem kann vielmehr erst dann die Rede sein, wenn die Beweisaufnahme insoweit durchgeführt ist als dies nach Lage der Sache geschehen kann. Wird der Termin geschlossen ehe sämmtliche Zeugen abgehört werden konnten, so kann die erschienene Partei nicht etwa am Schluss des Termins Antrag auf Erlass eines Versäumnissurtheils stellen und dadurch die Erledigung des Beweisbeschlusses verhindern. Ebensowenig ist sie hiezu berechtigt, wenn einzelne Zeugen nicht erschienen sind und deren Wiedervorladung geboten ist. Sie muss, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht stattfindet, die Erledigung des Beweisbeschlusses in derselben Weise abwarten, wie wenn die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen worden ist.[3]) Nur ein neuer Beweisbeschluss ist ausgeschlossen, wenn beide Parteien ausbleiben oder ein Versäumnissurtheil beantragt wird.

2) Ist von der im Abs. 2 eingeräumten Befugniss Gebrauch gemacht worden, so bedarf es einer Ladung zur mündlichen Verhandlung nicht. Vielmehr wird diese durch die Verkündung des Beweisbeschlusses ersetzt (§ 195). Andernfalls ist, sobald der beauftragte Richter von der Beendigung seiner Aufgabe Mittheilung gemacht bezw. der ersuchte Richter (gemäss § 327 Abs. 2) die Verhandlungen dem Gerichtsschreiber übersandt hat, vom Vorsitzenden, ohne dass hiezu

[1]) V. auch Gaupp II S. 241. A. M. ist Seuffert S. 309.

[2]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 426. A. M. ist Kleiner II S. 273.

[3]) V. Wach Vorträge S. 123; Gaupp II S. 240. A. M. sind Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 425.

ein Antrag der Parteien erforderlich ist, Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Die betr. Verfügung ist den Parteien von Amtswegen mit einer Ladung zur Verhandlung zuzustellen (§ 294 Abs. 3).

Sechster Titel.

Beweis durch Augenschein.

§ 336.

Die Antretung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatsachen.

§ 337.

Das Prozessgericht kann anordnen, dass bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.

Es kann einem Mitgliede des Prozessgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen.

(E. §§ 326, 327. M. 491. K. 126.)

1) Durch § 336 wird bestimmt, in welcher Weise die Partei, welche sich zum Beweis durch Augenschein erbietet, diesen Beweis „anzutreten" hat. Uebrigens kann das Gericht nach § 135 in jedem Augenblick von Amtswegen die Einnahme eines Augenscheins anordnen und es kann auch von den Parteien zum Zweck der Aufklärung des Sachverhalts eine solche Anordnung beantragt werden. Erfolgt diese, so ist eine besondere Beweisantretung überflüssig.

2) Die in § 337 Abs. 1 ausgesprochene Befugniss steht im Zusammenhang mit der allgemeinen Vorschrift des § 135. Durch die Fassung des Abs. 2 soll ausgedrückt werden, dass der Augenscheinsbeweis auch durch das ganze Prozessgericht erhoben werden kann. (M. 491.) Dies ist übrigens nicht bloss dann gestattet, wenn der Augenschein an der Gerichtsstelle vorgenommen werden kann, z. B. wenn eine bewegliche Sache vorgezeigt werden soll. Vielmehr kann sich auch bei Besichtigung von Grundstücken u. s. w. das ganze Gericht an Ort und Stelle begeben. Bezüglich der Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen

sind die §§ 369 und 370 massgebend. Die Vorschriften des § 337 finden ebensowohl auf den von Amtswegen angeordneten Augenschein Anwendung als auf denjenigen, dessen sich eine Partei als Beweismittel bedient.

3) Hinsichtlich der Frage, ob der Besitzer einer Sache die Einnahme des Augenscheins zu gestatten habe, wurde ungeachtet der von Wach (krit. Vierteljahrsschrift Bd. XV. S. 346, 347) hiegegen erhobenen Bedenken eine besondere Vorschrift nicht für nöthig gehalten und zwar wurde in den Motiven (491) bemerkt: „Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Parteien verpflichtet sind, den ihrer Verfügungsgewalt unterliegenden Streitgegenstand dem Richter zum Zwecke der Augenscheinseinnahme vorzuweisen (Demelius, die Exhibitionspflicht S. 262, 263); befindet sich aber die in Augenschein zu nehmende Sache in dem Besitze eines Dritten, so wird dieser von den Parteien eventuell im Wege der Klage zur Gestattung der Augenscheinseinnahme anzuhalten sein, sofern ein hierauf gerichteter Anspruch begründet ist." Mit Rücksicht auf diese Bemerkungen wurde in der J.-K. zu § 336 der Antrag gestellt: „Die civilrechtlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Vorzeigen einer Sache werden hiedurch nicht berührt.". Dieser Antrag wurde aber wieder zurückgezogen, nachdem Direktor von Amsberg erklärt hatte: „es liege dem Entwurf fern, in die materiell-rechtlichen Bestimmungen über die Exhibition einzugreifen" (K. 126). Da die C.-P.-O. keinerlei Bestimmungen über die Verpflichtung zum Vorzeigen von Gegenständen zum Zweck des Augenscheins enthält, kann kein Zweifel darüber bestehen, dass im Falle der Verweigerung nur auf Grund des bürgerlichen Rechts eine Verurtheilung zur Vorzeigung bezw. Herausgabe erfolgen kann, [1]) und zwar ist es Sache der Partei, welche diese Verurtheilung beantragen will, desshalb gegen die Partei oder den Dritten, der die Vorzeigung verweigert, Klage zu erheben. Das Prozessgericht kann nicht als solches zur Vorzeigung verurtheilen sondern nur, wenn auf Grund des § 253 Incidentklage wegen des streitigen Rechtsverhältnisses erhoben wurde, die Verpflichtung zur Vorzeigung feststellen. Handelt es sich um eine der Parteien, so wird übrigens schon wegen der zu erwartenden prozessualischen Nachtheile die Vorzeigung nicht leicht verweigert werden. Dass der Beweisführer dies nicht thun kann, ohne dass das von ihm benützte Beweismittel für ihn verloren geht, liegt in der Natur der Sache. (§§ 208, 209.) [2]) Aber auch sonst hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen, welche Schlüsse aus der Verweigerung der Vorzeigung zu ziehen sind. Es liegt die Sache ähnlich, wie wenn eine Partei der Anordnung des persönlichen Erscheinens keine Folge leistet. [3])

[1]) So auch: Wach a. a. O.; von Weveld, zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein S. 45 ff. und 63; Seuffert S. 400; Puchelt Bd. II S. 165; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 315; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 427, 428; Endemann II S. 199; von Sarwey I S. 491, 492; Gaupp II S. 243 und 244; Fitting § 49 S. 167.

[2]) V. auch: Seuffert S. 399 ff.; Struckmann Koch III. Aufl. S. 316; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 316; von Sarwey I S. 492; Fitting § 49 S. 167; Gaupp II S. 244. A. M. ist Endemann II S. 199.

[3]) V. die angef. Schriftsteller.

Siebenter Titel.

Zeugenbeweis.

(§§ 338—366.)

Vorbemerkungen.

1) Die Zulässigkeit des Zeugenbeweises unterliegt nach der C.-P.-O. keinen Beschränkungen. Auch sind die Vorschriften, welche den Zeugenbeweis bezüglich gewisser Rechtsverhältnisse ausschliessen oder nur unter Beschränkungen zulassen, durch § 14 Nr. 2 des E.-G. aufgehoben ohne dass es darauf ankommt, ob das in Frage stehende Rechtsgeschäft vor oder nach dem ersten Oktober 1879 zu Stand kam. (Bem. zu § 14 E.-G.) Es ist aber dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob es einen angebotenen Zeugenbeweis zulassen will und kann dasselbe ein solches Beweisanerbieten, wenn es von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache überzeugt ist, einfach zurückweisen [1]) oder unter Ablehnung des Zeugenbeweises einen richterlichen Eid auferlegen. (Bem. I. 1 zu § 259.) Bezüglich der Zahl der Zeugen, welche sie über eine bestimmte Thatsache vernehmen lassen dürfen, beschränkt das Gesetz die Parteien nicht. Ebensowenig gibt dasselbe dem Gericht an sich die Befugniss, rücksichtlich der Zahl der zu vernehmenden Zeugen eine Herabminderung eintreten zu lassen. (M. 491.) Dieses kann aber, wenn es der Ansicht ist, dass zur Aufklärung der Sache die Vernehmung aller vorgeschlagenen Zeugen nicht erforderlich ist, sich zunächst auf die Vorladung und Abhör eines Theils derselben beschränken. Eine Gewähr gegen die Benennung allzuvieler Zeugen gibt ausserdem die Vorschrift des § 87 Abs. 1, nach welcher nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendigen Kosten zu ersetzen sind.

2) Bei Beurtheilung der Zeugenaussagen ist das Gericht (nach § 259) in keiner Weise gebunden. Alle landesrechtlichen Vorschriften, nach welchen auf die Zahl der eine Thatsache bekundenden Zeugen, oder deren Eigenschaft (als „klassische" oder „verdächtige" Zeugen u. s. w.) Rücksicht genommen werden soll, haben nach diesem § wie nach § 14 E.-G. ihre Geltung verloren. Auch hinsichtlich der Thatsachen, worüber Zeugen vernommen werden sollen, ist das Gericht Beschränkungen nicht unterworfen. Die Wahrnehmungen der Zeugen können sich unmittelbar auf die bestrittenen Thatsachen oder Rechtsgeschäfte beziehen. Die Zeugen können aber auch über solche Thatsachen vernommen werden, welche bezüglich der über einen Anspruch entscheidenden Thatsachen Schlussfolgerungen gestatten. Auch die Abhör von Zeugen, deren Kenntniss bloss auf Hörensagen beruht, ist nicht ausgeschlossen und kann unter Umständen entscheidend sein. [2])

§ 338.

Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch die

[1]) V. R.-G. 21. März u. 5. April 1881 Entscheid. Bd. VI S. 375 u. 429 bezw. 81.

[2]) V. Heusler im Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 274 ff.; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 431.

Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.

§ 339.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, dass die Partei in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat.

(E. §§ 328, 329. M. 491 ff. K. 126.)

1) Durch § 338 werden die Artikel und Fragestücke des gemeinrechtlichen Prozesses beseitigt. Eine Abweichung vom französischen Recht liegt darin, dass die einzelnen Zeugen sofort bei der Beweisantretung ja schon im vorbereitenden Schriftsatz zu benennen sind. Wegen der Art und Weise dieser Benennung sind die Bem. zu § 121 (I. 1), bezüglich der Bezeichnung der unter Beweis gestellten Thatschen die Bem. zu §§ 255 ff. zu vergleichen. Dass die Thatsachen so bestimmt zu bezeichnen sind, dass die Vernehmung der Zeugen sachgemäss bewirkt werden kann und der Gegner in den Stand gesetzt wird, seine Rechte wahrzunehmen, erscheint als selbstverständlich. (M. 419.) Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, dass gemeinverständliche Rechtsbegriffe (z. B. Kaufvertrag, Miethe u. s. w.) gebraucht werden dürfen. (Bem. 3 zu §§ 323 ff und Bem. I 1, 1 zu § 410.) Der Begriff des „Berüchtigtsein" ist thatsächlicher Natur, sonach Zeugenbeweis darüber zulässig. [1])

2) Während durch § 252 dem Gerichte in allgemeiner Weise die Befugniss eingeräumt ist, Vertheidigungsmittel, welche der Beklagte nicht rechtzeitig geltend gemacht hat, zurückzuweisen, ist diese Bestimmung in § 256 nicht wiederholt worden. Vielmehr wird diese Befugniss nur, soweit es sich um die Vernehmung neuer Zeugen oder den Beweis durch Urkunden handelt, in den §§ 339 und 398 gewährt. Die thatsächlichen Voraussetzungen, von denen § 339 das Recht zur Zurückweisung nachträglich angebotenen Zeugenbeweises abhängig macht, sind folgende:

a. Die Ausschliessung erstreckt sich nur auf neue Zeugen, welche nach Erlass eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, nicht auf den Zeugenbeweis, welcher nach Erlass eines Beweisbeschlusses zum Beweise nachträglich aufgestellter neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel angetreten wird. Für den Begriff der Neuheit des

[1]) V. R.-G. 7. Febr. 1881, d. Juristenzeitung Bd. V S. 343.

Zeugen ist es entscheidend, ob derselbe für den betreffenden Beweissatz schon früher benannt war. Ob der Zeuge über andere streitige Thatsachen im Prozesse schon vorgeschlagen und vernommen ist oder nicht, kommt nicht in Betracht. Die Ausschliessung erfordert:

b. einen hierauf gerichteten Antrag des Prozessgegners und

c. dass durch die Vernehmung der neuen Zeugen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde. Die Vorschrift des § bleibt also ausser Anwendung, wenn der Beweisführer im Verhandlungstermine die neuen Zeugen zur Vernehmung gestellt hat oder wenn aus anderen Gründen in jenem Termine das Urtheil nicht erlassen sondern weitere Beweisaufnahme beschlossen werden müsste, welche in gleichem Masse wie die fragliche Zeugenvernehmung das Verfahren verzögert. Endlich muss

d. das Gericht die Ueberzeugung gewonnen haben, dass die Partei in der Absicht den Prozess zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat. (M. 491.)

Liegen diese Voraussetzungen sämmtlich vor, so muss die Vernehmung neuer Zeugen zurückgewiesen werden („ist zurückzuweisen"). Die Entscheidung darüber steht nur dem Prozessgerichte, das nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung über den Antrag zu erkennen hat, nicht dem beauftragten oder ersuchten Richter zu. Dieser hat aber Zeugen, welche nicht benannt bezw. im Beweisbeschlusse nicht angegeben sind, nicht zu vernehmen vielmehr, falls die Vernehmung beantragt wird, die Entscheidung des Prozessgerichts einzuholen. (§ 331; Bem. 2 zu §§ 326 ff.) Gegen die Entscheidung, welche im Endurtheil oder durch Zwischenurtheil, nicht durch Beschluss erfolgt,[1]) findet, da sie eine mündliche Verhandlung voraussetzt, nach § 530 Beschwerde nicht statt. Der Gegner hat, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, ein Recht auf dieselbe („hat zurückzuweisen"). Die auf Grund des § erfolgte Zurückweisung hat übrigens für die zweite Instanz keine Wirkung (§ 491).

§ 340.

Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozessgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen werden:

1. wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;
2. wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;

[1]) V. Seuffert S. 403; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 318, 319; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 432; von Sarwey I S. 495. A. M. ist Endemann II S. 203.

3. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozessgerichte zu erscheinen;
4. wenn der Zeuge in grosser Entfernung von dem Sitze des Prozessgerichts sich aufhält.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein Mitglied des Prozessgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.

(E. § 330. M. 491, 492. K. 126, 668 und 671 ff.)

1) Ueber die Vorschrift des § wurde im Allgemeinen in den Motiven (491, 492) bemerkt: „Die durch den § 320 als Regel vorgeschriebene Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte ist nach dem Prinzip der freien Beweisprüfung (§ 259) von vorzugsweiser Bedeutung für den Zeugenbeweis. Unter möglichster Einschränkung der Ausnahmefälle gibt § 330 diesem Grundsatz Ausdruck. Mit Rücksicht insbesondere auf die Vorschrift des § 147 über den Fortfall der protokollarischen Feststellung der Zeugenaussagen in den der Berufung nicht unterliegenden Sachen darf von der Praxis der Gerichte erwartet werden, dass die von der C.-P.-O. vorausgesetzte unmittelbare Zeugenvernehmung vor dem Prozessgerichte nur in solchen Fällen unterbleiben wird, in welchen das Vorhandensein einer der in Nr. 1—4 nachgelassenen Ausnahmen klar vorliegt.“ Ausser diesen Fällen kann die Vernehmung von Zeugen durch einen ersuchten Richter noch im Falle des § 347 nothwendig werden. Gegen die Verfügung, durch welche die Aufnahme des Zeugenbeweises einem einzelnen Richter übertragen wird, findet nach § 320 Abs. 2 keine Beschwerde statt.

2) Die in Abs. 1 Nr. 1 vorgesehene Ausnahme wird in der Regel dann eintreten, falls die Zeugen sich über örtliche Zustände z. B. die Grenzen zwischen zwei Grundstücken, die frühere Beschaffenheit eines Hauses, die Identität im Streit befindlicher Gegenstände u. s. w. auszusprechen haben oder ihre Aussage nur dann, wenn sie an Ort und Stelle gegeben wird, richtig gewürdigt werden kann. Uebrigens ist es auch in derartigen Fällen nicht unbedingt nothwendig, dass die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen wird („kann“). Es ist vielmehr zulässig, dass sich das ganze Gericht an Ort und Stelle begibt. (M. 492.)

3) (Abs. 1 Nr. 2.) Nach den Motiven (a. a. O.) wurde es absichtlich vermieden, den Umstand, dass die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht sehr zeitraubend sein würde, als „erhebliche Schwierigkeit“ zu bezeichnen. In der J.-K. wurde der Zweifel erhoben, ob unter die erheblichen Schwierigkeiten auch der Fall gehöre, dass das Prozessgericht mit Arbeiten anderer Art belastet sei, worauf Direktor von Amsberg erklärte: „es seien Schwierigkeiten gemeint, welche in der Art der Beweisaufnahme, nicht solche, welche in den Geschäftsverhält-

nissen des Gerichts lägen; die Regel müsse die Vernehmung vor dem Kollegium bilden.“ (K. 126.) Der hierauf gestellte Antrag auf Streichung der Nr. 2 wurde von der J.-K. abgelehnt, ebenso ein Antrag, die Uebertragung dann zuzulassen, „wenn die Beweisaufnahme wegen ihrer Beschaffenheit nicht zweckmässig vor dem Prozessgerichte zu erheben sein würde.“ Uebrigens wurde von verschiedenen Seiten bemerkt, dass die Rücksicht auf die Geschäftslast des Gerichts die Anwendung der Nr. 2 nicht rechtfertige und namentlich von Direktor von Amsberg hervorgehoben: „an sich stehe der Entwurf auf demselben Standpunkt, den der Abg. Lasker vertheidigt habe, nur glaube dieser, es solle das objektive Moment schärfer hervorgehoben werden, als es im Entwurf geschehen sei. Intendirt habe man nichts Anderes, als die Ermächtigung des Prozessgerichts, durch Anordnung kommissarischer Vernehmung diejenigen Hindernisse zu beseitigen, welche sich aus der Sache selbst einer Erhebung des Zeugenbeweises in der Sitzung des Prozessgerichts entgegenstellen.“ (K. 668, 671—675.)

4) Die im Abs. 1 Nr. 3 erwähnte Verhinderung des Zeugen kann in verschiedenen Ursachen ihren Grund haben. Meist wird es sich hiebei um Krankheit, hohes Alter u. s. w. handeln. Dass ein Zeuge „schwer abkömmlich“ ist, wird in der Regel nicht genügen. Doch hat das Gericht nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob die geltend gemachten Umstände als eine Verhinderung erscheinen. Auch Amtsgeschäfte können unter Umständen als Hinderungsgründe anzusehen sein.[1] Ebenso ist dieses Ermessen bezüglich der Frage entscheidend, ob auch bei einer vorübergehenden Verhinderung die Anwendung des § zulässig ist. In der Regel wird diese nur dann gerechtfertigt sein, wenn es sich um eine Verhinderung von längerer Dauer handelt. Doch ist auch auf die Dringlichkeit des Prozesses Rücksicht zu nehmen.

5) Zu Abs. 2 Nr. 4. Es ist absichtlich unterlassen worden, zu bestimmen, welche Entfernung als eine grosse anzusehen sei; die Entscheidung soll nach den Besonderheiten des einzelnen Falles getroffen werden. (M. S 492.) Hiebei wird regelmässig auf die durch das Erscheinen der Zeugen entstehenden Kosten und auf deren Verhältniss zum Werth des Streitgegenstands, aber auch auf die Wichtigkeit des Prozesses und auf die Bedeutung des Zeugenbeweises für die Entscheidung Rücksicht zu nehmen sein. Wenn ein Zeuge verhindert ist, vor dem Prozessgerichte zu erscheinen, so kann dies übrigens nicht bloss dessen Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter sondern auch diejenige solcher Zeugen rechtfertigen, die demselben gegenübergestellt werden müssen.

§ 341.

Oeffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur

[1] V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 320. A. M. ist von Sarwey I S. 497.

mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde vernommen werden. Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats.

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde.

Die Genehmigung ist durch das Prozessgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen.

(E. — M. — K. 127 ff. 675 ff.)

1) Durch § 341, der mit den Vorschriften der St.-P.-O. (§ 53) übereinstimmt, soll die Wahrung des Amtsgeheimnisses gesichert werden. Es kommt hienach nicht bloss das dem Beamten nach § 348 Nr. 5 zustehende Recht der Zeugnissverweigerung in Betracht. Vielmehr hat das Gericht im öffentlichen Interesse die Vernehmung von Beamten über solche Umstände zu verweigern, auf welche sich die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit bezieht. Ist die Vernehmung eines Beamten vorgeschlagen, so ist hienach stets zu prüfen, ob derselbe bezüglich der Thatsache, über welche er vernommen werden soll, zur Amtsverschwiegenheit verbunden ist und bejahenden Falls die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde einzuholen. Wird diese versagt, so hat das Gericht nicht zu prüfen, ob dies mit Recht geschehen ist. Vielmehr kann nur die Partei, welche den Beamten als Zeugen vorschlug, bei der höheren Behörde die Genehmigung zu erlangen suchen soweit dies nach dem Staatsrecht des betr. Landes zulässig ist.[1] Das durch § 348 Nr. 5 eingeräumte Recht der Zeugnissverweigerung wird durch die Vorschrift des § nicht berührt. Wenn das Gericht es versäumt oder für unnöthig gehalten hat, die Genehmigung einzuholen, kann der vorgeladene Beamte vielmehr bezüglich derjenigen Thatsachen das Zeugniss verweigern, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

2) Wer als öffentlicher Beamter anzusehen ist, ist nach den Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes und der einzelnen Landesgesetze zu entscheiden. Sofern besondere Bestimmungen nicht bestehen, kommt es nicht darauf an, ob sich Jemand im unmittelbaren oder mittelbaren Dienst eines Staats befindet, ebensowenig darauf, ob derselbe lebenslänglich oder auf Zeit oder nur vorläufig angestellt ist und ob er einen Diensteid geleistet hat. (V. § 359 R.-St.-G.-B.) Auch die Notare, die als Organe der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für staatliche Zwecke

[1]) V. auch Seuffert S. 406; Gaupp II S. 253. A. M. sind Struckmann u. Koch III. Aufl. S. 321.

thätig sind, müssen als öffentliche Beamte angesehen werden,[1]) nicht aber Rechtsanwälte.

3) Nach Abs. 2 darf die Genehmigung nur dann versagt werden, wenn öffentliche Interessen in Frage stehen, nicht wenn der Staatskasse durch die Aussage des Beamten Nachtheil erwachsen kann. Dies wurde in der J.-K. von allen Seiten insbesondere auch vom Direktor von Amsberg anerkannt. Als der Fall erwähnt wurde, dass in einem Entschädigungsprozesse gegen den Eisenbahnfiskus wegen Verursachen eines Brandes durch Lokomotivfunken der als Zeuge vorgeschlagene Bahnwärter die Ablegung des Zeugnisses auf Grund seiner Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit verweigert habe, „erachtete es Direktor von Amsberg für zweifellos, dass in Fällen, wie sie der Vorredner erwähnt, von einer Pflicht zur Amtsverschwiegenheit keine Rede sein könne.“ (K. 677.)

§ 342.

Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluss auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.

Die Ladung muss enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien;
2. die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;
3. die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen in dem nach Zeit und Ort zu bezeichneten Termine zu erscheinen.

§ 343.

Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.

§ 344.

Das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, dass der Beweisführer einen Vorschuss zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten

[1]) V. auch Seuffert S. 406; Puchelt II S. 172; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 320; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 434. A. M. sind von Bülow S. 229 und Gaupp II S. 253.

Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, dass die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

(E. §§ 331—333. M. 492. K. 126 und 131.)

I. Vorschriften des § 342.

1) Dass die Ladung der Zeugen vom Gerichtsschreiber auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen ist, hat darin seinen Grund, dass für die Beweisaufnahme der Grundsatz des Offizialbetriebs des Prozesses durch das Gericht gilt. (Vorbem. 2 zu §§ 152 ff.) Zu laden sind vom Gerichtsschreiber nur die vom Gericht im Beweisbeschluss benannten Zeugen. (Bem. 2 zu §§ 326 ff.) Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte oder durch einen beauftragten Richter, so ist der Gerichtsschreiber des Prozessgerichts, in anderen Fällen der Gerichtsschreiber des ersuchten Amtsgerichts (§ 158 G.-V.-G.) zu der im § vorgesehenen Thätigkeit verpflichtet. Durch Uebertragung der Beweisaufnahme ist auch die Sorge für die dieselbe vorbereitenden Handlungen (Festsetzung des Termins, Beschaffung des Lokals, Ladung der Zeugen u. s. w.) auf das ersuchte Gericht übergegangen.[1]) Die Vermittlung des Gerichts, in dessen Bezirk der Zeuge wohnt, ist nicht erforderlich; vielmehr hat auch ein auswärtiger Zeuge der Anweisung des zuständigen Gerichtsschreibers Folge zu leisten. Die Angabe der Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll, wurde für nothwendig erklärt, „um dem Zeugen die Mittel zur Vorbereitung für das abzulegende Zeugniss durch Schärfung seiner Erinnerung und Einsicht etwaiger Notizen zu gewähren und der sonst oft unvermeidlichen Vereitlung der Beweistermine vorzubeugen" (M. 492).

2) Bezüglich der Zustellung der Ladung gelten die Vorschriften der §§ 152 ff.; es kann der Gerichtsschreiber jedoch nicht gemäss § 179 die Post unmittelbar mit der Zustellung beauftragen, da § 179 sich nur auf die unter Vermittlung des Gerichtsschreibers (§§ 152, 154) erfolgenden Zustellungen bezieht. Der Gerichtsschreiber handelt hier nicht im Namen der Partei sondern von Amtswegen und hat ebenso zu verfahren, wie es in ähnlicher Lage von Seite der Partei bezw. des Rechtsanwalts zu geschehen hat. Eine entsprechende Anwendung des § 179 erscheint, da es sich um eine specielle Bestimmung handelt, nicht als gerechtfertigt.[2]) Die Angabe der durch das Gesetz angedrohten Strafen ist nicht erforderlich. Die Ausfertigung ist dem Zeugen in Urschrift zu übergeben (§ 156 Abs. 1.) Die Zustellungsurkunde ist dem Gerichtsschreiber zu übersenden und den Gerichtsakten einzuverleiben. (Bem. II. 2 zu §§ 173 ff.) Die öffentliche Zustellung (nach § 186 Abs. 2) ist nicht unbedingt ausgeschlossen.

[1]) So auch Seuffert S. 407; Puchelt II S. 174; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 321; von Sarwey I S. 499; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 435. A. M. ist Uebel II S. 321.

[2]) V. auch Hellmann II S. 225; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 345. A. M. sind: Seuffert S. 407; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 321; von Sarwey I S. 499; Endemann II S. 210; Gaupp II S. 255.

Doch wird von derselben kaum jemals Gebrauch gemacht werden, vielmehr in den betr. Fällen § 321 zur Anwendung kommen. [1])

3) Durch die Vorschrift des § wird nicht ausgeschlossen, dass ein Zeuge ohne Vorladung erscheint. (Bem. 1 zu § 324 und Bem. 2 zu § 266.) Auf die ordnungsmässige Ladung hat nicht wie nach französischem Recht der Gegner einen Anspruch. Vielmehr wird dadurch nur die Anwendung des § 345 bedingt.

II. Ladung von Militärpersonen.

1) Wer zu den im § 343 bezeichneten Personen gehört, ist nach § 39 des Reichsmilitärgesetzes vom Jahr 1874 (R.-G.-Bl. S. 55) zu beurtheilen. (Bem. 2 zu §§ 14 ff. und Bem. zu § 158.) Militärbeamte, welche zwar zu dem aktiven Heere, aber nicht zu den Personen des Soldatenstandes gehören, sind nicht nach § 343 zu laden. Das Gendarmeriekorps gehört nicht zum aktiven Heere. Die Worte „oder der aktiven Marine" wurden von der J.-K. beigefügt und aufrecht erhalten, nachdem bemerkt worden war: „Der Ausdruck „aktives Heer" umfasse nicht die aktive Marine. Der Ausdruck „aktiver Marine" sei technisch, und komme z. B. in § 13 des Ges. über die Verpflichtung zum Kriegsdienst vom 9. November 1867 vor." (K. 131.)

2) Die Ladung der unter § 343 fallenden Personen ist nicht bloss durch Vermittlung der Militärbehörde zuzustellen sondern sie hat durch diese zu erfolgen. In der J.-K. wurde bemerkt: „Nach § 343 würde das Gericht den Vorgesetzten der zu vernehmenden Militärpersonen ersuchen, die letztere zu stellen. Der Soldat werde von seinem Vorgesetzten den Befehl, als Zeuge vor Gericht zu erscheinen und zugleich Befreiung vom Dienst für die erforderliche Zeit erhalten." (K. 131.) Eine ordnungsmässige Ladung der Militärpersonen liegt hienach erst dann vor wenn ihr dieser Befehl, der die in § 343 vorgesehene „Anweisung" vertritt, ertheilt worden ist. (Bem. zu § 158.) Jedenfalls kann nur, falls ein solcher Befehl ertheilt wurde, die in § 345 Abs. 4 vorgesehene Bestrafung durch das Militägericht erfolgen.

3) Von wem das Ersuchungsschreiben zu erlassen und an welche Militärbehörde dasselbe zu richten ist, hat das Gesetz nicht genauer bestimmt. Da § 342 sich nur auf die unmittelbare Ladung von Zeugen und die Beauftragung des Gerichtsvollziehers bezw. der Post bezieht, ist das Ersuchungsschreiben wie in den übrigen Fällen, in denen ein solches zu ergehen hat (§§ 185, 327, 328, 341, 397 u. s. w.) nicht vom Gerichtsschreiber sondern vom Vorsitzenden bezw. vom beauftragten oder ersuchten Richter zu erlassen. [2]) Zu ersuchen ist die unmittelbar vorgesetzte Militärbehörde, der es zusteht, den Zeugen vom Dienst zu befreien und ihm das Erscheinen vor Gericht zu befehlen.

[1]) V. Hellmann a. a. O. Die meisten Schriftsteller schliessen die öffentliche Zustellung ganz aus. V. z. B. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 321; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 435; Gaupp II S. 255.

[2]) V. auch Seuffert S. 408; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 322; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 436; Gaupp II S. 256. A. M. sind: Puchelt II S. 174; Hellmann II S. 227; Endemann II S. 212; Kleiner II S. 292.

III. Hinterlegung eines Vorschusses. (§ 344.)

Zum Erlass der im § vorgesehenen Verfügung ist in allen Fällen, auch wenn die Beweisaufnahme ausserhalb der Sitzung erfolgen soll, nur das Prozessgericht, nicht der beauftragte oder ersuchte Richter befugt.[1]) Die Verfügung kann aber nicht bloss im Beweisbeschluss sondern auch durch besonderen Beschluss getroffen werden. Hat die betr. Partei das Armenrecht, so fällt die Befugniss weg. (§ 107.) Erfolgt innerhalb der festgesetzten Frist die Hinterlegung des Vorschusses nicht, so ist die Ladung der Zeugen zu unterlassen, im Uebrigen aber die Beweisaufnahme durchzuführen. Bei verspäteter Hinterlegung ist die Ladung nur dann zu bethätigen wenn die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann. (Bem. zu § 321.) Die Entscheidung über diese Frage steht dem Prozessgerichte zu. (§ 331.) Die Vorschriften des § 344 finden auch auf den Beweis durch Sachverständige Anwendung. (Bem. zu §§ 367, 368.)

§ 345.

Ein ordnungsmässig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne dass es eines Antrags bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, dass diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

§ 346.

Die Verurtheilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Ausbleiben des Zeugen genügend entschuldigt ist. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 323; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 437; Hellmann II 227; Kleiner II S. 293; Gaupp II S. 258. A. M. sind: Seuffert S. 409; von Sarwey I S. 502.

die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termine angebracht werden.

(E. §§ 334, 335. M. 492, 493. K. 126, 131 ff., 678 ff.)

I. Verurtheilung des ausbleibenden Zeugen zu Strafe und Kosten.
(§ 345 Abs. 1 und 2 und § 346.)

1) Die Bestimmung des § 345 Abs. 1 hat in der öffentlich-rechtlichen Natur der Zeugnisspflicht ihren Grund. Der Zeuge ist im Termin nicht erschienen, wenn er bei dem Aufruf nicht da ist; desshalb könne schon in diesem Augenblick die Ungehorsamsfolge ausgesprochen werden. Es kann aber auch nachträgliches Erscheinen noch genügen. Der Zeuge, welcher sich nachträglich unbefugt wegbegibt oder nach § 144 entfernt wird, ist als nichterschienen, nicht als Zeugnissverweigerer zu behandeln. [1]) Das Verfahren bezüglich der Bestrafung ist ein Zwischenstreit mit dem Zeugen als Dritten. Es ist desshalb § 119 nicht anwendbar und eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich. Die Verfügung kann sofort im Termine oder später erfolgen. Der Beschluss ist dem Zeugen von Amtswegen zuzustellen. (M. 492.)

Bezüglich der zu verhängenden Geldstrafe ist abweichend von den Bestimmungen des R.-St.-G.-B. (§§ 28 und 29) vorgeschrieben, dass gleichzeitig die eventuell eintretende Freiheitsstrafe festgesetzt werden muss. Auch ist diese anders als im R.-St.-G.-B. geregelt, was durch die Bemerkung gerechtfertigt wurde: „es handle sich im § 345 um eine Disziplinarstrafe; dafür sei das Strafgesetzbuch nicht massgebend.“ (K. 127.) Die Strafe der Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung (§ 18 St.-G.-Bl.). Die §§ 785 ff. kommen auf dieselbe nicht zur Anwendung. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte, so hat dieses, andernfalls der beauftragte oder ersuchte Richter die Verurtheilung auszusprechen (§ 365). Uebrigens bezieht sich § 445 nur auf den Fall des unentschuldigten Ausbleibens eines Zeugen, während der Fall der Zeugnissverweigerung unter § 355 fällt.

2) Ist ein Zeuge, welcher der ersten Vorladung keine Folge gegeben hat und desshalb gemäss § 345 Abs. 1 verurtheilt worden ist, wieder vorgeladen worden und abermals ausgeblieben, so ist derselbe nach § 345 Abs. 1 abermals zu Strafe und Kosten zu verurtheilen. Es kann jedoch nun auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden, falls dessen Vernehmung immer noch als nothwendig erscheint. Nach der Fassung des Gesetzes könnte es

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 324; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 449; Hellmann II. S. 229; Kleiner II. S. 295; Gaupp II S. 269, 280. A. M. ist Endemann II S. 214. Bezüglich des § 50 der St.-P.-O., der zu derselben Streitfrage Veranlassung gibt, v. Keller II. Aufl. S. 54; Löwe II. Aufl. S. 246.

erscheinen, dass im Falle des wiederholten Ausbleibens eines Zeugen die Verurtheilung zu Strafe und Kosten nicht erfolgen muss sondern, auch wenn eine Entschuldigung nicht vorliegt, in das Ermessen des Gerichts gestellt sein soll. Es ist dies aber nicht die Absicht des Gesetzgebers und die vorliegende Ungenauigkeit der Fassung nur zufolge einer von der J.-K. vorgenommenen Aenderung entstanden. Im Entwurf lautete Absatz 2: „Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe verdoppelt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.“ Es sollte also auch in diesem Falle Abs. 1 zur Anwendung kommen, die Strafe aber erhöht werden und zugleich die Anordnung der zwangsweisen Vorführung erfolgen können. Auf Antrag von Reichensperger, der eine Ordnungsstrafe von 300 Mark oder sechs Wochen Haft für ausreichend erklärte, wurden zunächst die Worte: „die Strafe verdoppelt“ von der J.-K. gestrichen. Sodann wurde aus redaktionellen Gründen die gegenwärtige Fassung beliebt, welche zu Missverständnissen Anlass geben kann. [1]) Dass nicht bloss im Falle des zweiten Ausbleibens die Verurtheilung zu Strafe und Kosten zulässig ist, sondern dieselbe bei jedem wiederholten Ausbleiben einzutreten hat, wenn der Richter von der zwangsweisen Vorführung Umgang genommen und die nochmalige Vorladung angeordnet hat, wurde bei Berathung des § 974 in der J.-K. (149) bestätigt. Auch ist diese Auffassung als richtig anzusehen. (Bem. 1 zu § 374.) Für dieselbe spricht der Grund des Gesetzes und die Entstehungsgeschichte desselben. Der Wortlaut steht aber nicht im Wege. Auch das dritte oder vierte Ausbleiben ist ein wiederholtes. Bei dem „noch einmal“ liegt der Ton hier nicht auf dem zweiten sondern auf dem ersten Wort. Bei jedem wiederholten Ausbleiben soll auch die Strafe noch einmal ausgesprochen d. h. wiederholt werden. [2])

3) Damit von den Vorschriften des § 345 Gebrauch gemacht werden kann, wird zunächst vorausgesetzt, dass der nicht erschienene Zeuge „ordnungsmässig“ geladen wurde. Es muss also der Inhalt der Ladung den Bestimmungen des § 342 und die Zustellung den wesentlichen Vorschriften der §§ 152 ff. entsprechen. Eine Ladung, welche nicht vom Gerichtsschreiber sondern von der beweisführenden Partei ausging, kann die Anwendung des § 345 nicht rechtfertigen. Dass eine bestimmte Frist zwischen der Zustellung der Ladung und dem Termin zur Beweisaufnahme liegen muss, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Es genügt also, dass es dem Zeugen möglich war, unter Benützung der gewöhnlichen Beförderungsmittel im Termin zu erscheinen. Bestand diese Möglichkeit nicht, so ist die Ladung nicht als eine ordnungsmässige anzusehen. Es kann aber der Richter, auch wenn die Frist sehr kurz ist, das Ausbleiben des Zeugen als entschuldigt ansehen. (§ 346 Abs. 1.) Ob der Zeuge vor das Gericht des Bezirks seines Aufenthaltsortes oder vor ein anderes deutsches Gericht geladen wurde, bewirkt

1) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 324; Endemann II S. 215; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 439; Hellmann II S. 231; Gaupp II. S. 261.

2) V. auch: Uebel I S. 224; Wilmowski-Levy a. a. O.; Hellmann II S. 231, 332 und Kleiner II S. 296. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 324; Seuffert S. 411; von Sarwey I S. 504; Endemann II S. 215; Gaupp II S. 261; von Bülow S. 233; Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 52; Löwe II. Aufl. S. 246.

keinen Unterschied. Auch kann grosse Entfernung den Zeugen nicht von der Verpflichtung zum Erscheinen befreien. Falls andere Entschuldigungsgründe vorliegen z. B. wenn der Zeuge krank oder abwesend ist u. s. w., hat die Verurtheilung zu unterbleiben. Ob dies der Fall ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen. Es kommt § 346 Abs. 1 nicht bloss dann zur Anwendung, wenn die Entschuldigung durch den Zeugen selbst oder seine Angehörigen vorgebracht wurde. Vielmehr genügt es, dass dem erkennenden Richter in anderer Weise Thatsachen bekannt geworden sind, welche das Erscheinen verhinderten.

4) Ist die ordnungsmässige Ladung des Zeugen nachgewiesen und liegt keine genügende Entschuldigung des Ausbleibens vor, so muss das Gericht sowohl bei dem erstmaligen als bei dem wiederholten Ausbleiben von Amtswegen die Verurtheilung zur Zahlung der durch dasselbe verursachten Kosten und zu einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Strafe aussprechen. (Bem. I. 2.) Auch der Umstand, dass der Beweisführer auf die Vernehmung des Zeugen verzichtete oder dass die Vernehmung aus anderen Gründen nicht erforderlich ist, kann an der durch den Ungehorsam desselben verwirkten Strafe nichts ändern. (M. 492, 493.) Die zwangsweise Vorführung des Zeugen kann nur dann angeordnet werden, wenn dessen Vernehmung für nothwendig gehalten wird. Auch in diesem Falle hängt es aber vom Ermessen des erkennenden Richters ab, ob er von dieser Massregel Gebrauch machen will. Ein Antrag der Partei ist nicht erforderlich. (K. 126, 127.)

II. Aufhebung der getroffenen Anordnungen. Beschwerde. (§ 345 Abs. 3, § 346.)

Gegen die auf Grund der Abs. 1 und 2 dieses § erlassenen Beschlüsse findet einfache Beschwerde statt, welche nach § 535 aufschiebende Wirkung hat. Da das Gericht nach § 534 der Beschwerde selbst abhelfen darf, so kann der verurtheilte Zeuge auf dem Wege der Beschwerde die Aufhebung des Beschlusses nicht bloss dann erreichen, wenn er nicht ordnungsmässig geladen war sondern auch dann, wenn eine genügende Entschuldigung des Ausbleibens vorliegt. Für den letzteren Fall gewährt aber § 346 ein einfacheres Mittel, die Aufhebung der Verurtheilung zu erwirken. Ob die Entschuldigung genügt, hat der Richter, der die Strafe ausgesprochen hat, nach freiem Ermessen zu beurtheilen. Ein Anwaltszwang besteht nach § 346 Abs. 2 für dieses Verfahren nicht. (§ 74 Abs. 2.)

III. Bestrafung von Militärpersonen. (§ 345 Abs. 4.)

Handelt es sich um eine der aktiven Armee oder der aktiven Marine angehörende Militärperson, so ist nicht bloss die Vollstreckung sondern auch die Festsetzung der zu verhängenden Strafe dem Militärgericht überlassen. Unter der Festsetzung der Strafe ist nicht bloss die Entscheidung über die Höhe zu verstehen, so dass das Civilgericht vorerst in für das Militärgericht bindender Weise festzustellen hätte, ob Strafe eintreten solle. Vielmehr ist auch letztere Frage vom Militärgerichte zu entscheiden.[1]) Ein Antrag, die Worte „die Festsetzung

[1]) V. wegen dieser bezüglich des § 50 St.-P.-O. streitigen Frage Keller II. Aufl. S. 55. A. M. ist Löwe II. Aufl. S. 248.

und“ zu streichen, wurde von der J.-K. (678, 679) abgelehnt. Bei den Verhandlungen (K. 131) wurde mehrfach hervorgehoben, es handle sich bei der Bestrafung einer nach § 343 geladenen Militärperson des Soldatenstandes in erster Linie darum, dass dieselbe einem dienstlichen Befehl zuwidergehandelt habe. Bei der Bestrafung einer solchen Person kommen also nicht bloss die Vorschriften des § 345 Abs. 1 und 2 in Betracht. Vielmehr können auch die Vorschriften des Militärstrafgesetzbuchs und unter Umständen lediglich diese zur Anwendung gebracht werden. Auch wenn die ausgebliebene Militärperson nicht dem Soldatenstande angehört also nicht nach § 343 geladen wurde, steht die Festsetzung der Strafe dem Militärgericht zu. In diesem Falle können jedoch nur die Strafbestimmungen des § 345 massgebend sein. Die zwangsweise Vorführung einer der aktiven Armee oder der aktiven Marine angehörenden Militärperson kann durch das Civilgericht nicht angeordnet werden. Vielmehr steht dem Prozessgericht bezw. dem beauftragten oder ersuchten Richter nur das Recht zu, die zuständige Militärbehörde um die Vorführung zu ersuchen. An der Befugniss des mit der Beweisaufnahme befassten Richters, die ausgebliebene Militärperson zu den durch ihr Ausbleiben verursachten Kosten zu verurtheilen, ist durch § 345 Abs. 4 nichts geändert.

§ 347.

Der Reichskanzler, die Minister eines Bundesstaates, die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte, die Vorstände der obersten Reichsbehörden und die Vorstände der Ministerien sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich ausserhalb desselben aufhalten, an ihrem Aufenthaltsorte zu vernehmen.

Die Mitglieder des Bundesraths sind während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesraths an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung an diesem Orte zu vernehmen.

Zu einer Abweichung von den vorstehenden Bestimmungen bedarf es:

- in Betreff des Reichskanzlers der Genehmigung des Kaisers,
- in Betreff der Minister und die Mitglieder des Bundesraths der Genehmigung des Landesherrn,
- in Betreff der Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats,

in Betreff der übrigen vorbezeichneten Beamten der Genehmigung ihres unmittelbaren Vorgesetzten,
in Betreff der Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung der Genehmigung der letzteren.
(E. § — M. — K. 679—682, 747.)

1) Die Vorschrift des § (v. § 49 St.-P.-O.) wurde in der J.-K. auf Anregung der verbündeten Regierungen vorgeschlagen. Zur Begründung derselben wurde bemerkt, in Ermanglung einer solchen Bestimmung „sei ein unerträglicher Widerstreit der Erscheinungspflicht mit den Pflichten und Anforderungen des öffentlichen Dienstes zu befürchten. Man müsse den im § bezeichneten Personen ein Recht darauf einräumen, als Zeugen vernommen zu werden, wo sie amtlich zu wirken haben; es müsse im Interesse des öffentlichen Dienstes eine gesetzliche Regel geschaffen werden, welche sie vor den Schwankungen des richterlichen Ermessens sicher stelle.“ Der Antrag wurde zwar anfangs abgelehnt. Später wurde derselbe aber ohne weitere Debatte angenommen (K. 679—682 und 747).

2) Ob ein Zeuge die im § vorausgesetzten Eigenschaften hat, ist nach den einschlägigen Bestimmungen des Reichs- und Landesrechts zu beurtheilen. Ausser den wirklichen Ministern der einzelnen Bundesstaaten haben auch die „Vorstände der Ministerien“ Anspruch auf die in Frage stehende Vergünstigung. Es kommt also nur darauf an, ob die betr. Person Vorstand eines Gesammtministeriums oder eines einzelnen Fachministeriums ist, nicht darauf, welcher Rang derselben gebührt. Welche Personen als „Vorstände der obersten Reichsbehörden“ anzusehen sind, ergibt sich aus dem der Verordnung vom 23. Nov. 1874 angehängten Verzeichniss (R.-G.-Bl. 1874 S. 136), in welchem als oberste Reichsbehörden bezeichnet werden: Das Reichskanzler-Amt, das auswärtige Amt, das preussische sowie das sächsische und württembergische Kriegsministerium, die Admiralität und das Reichs-Eisenbahnamt. Seit der Aufstellung dieses Verzeichnisses sind noch als oberste Reichsbehörden eingeführt worden: Das Reichsbank-Direktorium (Verordn. vom 19. Dez. 1875 R.-G.-Bl. S. 378), die Verwaltung des Post- und Telegraphenwesens (Verordn. vom 22. Dez. 1875 R.-G.-Bl. S. 379), das Reichs-Justizamt, das Reichsgericht, das Reichsamt für die Verwaltung der Reichseisenbahnen, das Reichsamt des Innern, der Statthalter und der Staatssekretär in Elsass-Lothringen und das Reichsschatzamt. (R.-G.-Bl. 1879 S. 165 ff.; 193, 196). Nicht hierher gehören: das Reichspatentamt, das Reichsgesundheitsamt und das Reichsamt für das Heimathwesen.[1])

3) Die Vorschrift des § gibt den in Frage stehenden Personen kein Recht darauf, in ihrer Wohnung vernommen zu werden. Vielmehr findet deren Vernehmung an der Gerichtsstelle oder in den sonstigen vom beweisaufnehmenden Richter bezeichneten Räumlichkeiten statt. Nur darauf haben diese Personen einen Anspruch, dass sie sich, falls die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen,

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 326; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 441; Gaupp II S. 264. Theilw. a. M. sind: Seuffert S. 414 und von Sarwey II S. 507.

nicht von ihrem Aufenthaltsorte entfernen müssen. Bei den in Abs. 1 des § bezeichneten Personen kommt in erster Linie der Amtssitz in Betracht. Sind sie an diesem nicht anwesend, so muss die Vernehmung an dem Orte d. h. in der Stadt oder dem Dorfe erfolgen, in welchem sich dieselben zur Zeit aufhalten. Die Mitglieder des Bundesraths sind nicht nur während der Sitzungsperiode sondern bei jedem Aufenthalt am Sitze des Bundesraths daselbst zu vernehmen. Die Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung haben nur dann Anspruch darauf, am Sitz derselben vernommen zu werden, wenn sie sich während einer Sitzungsperiode daselbst aufhalten. Dies wurde auch in der J.-K. von Direktor von Amsberg hervorgehoben. (K. 682).

4) Soll ein Zeuge vernommen werden, dem die Vorschrift des § zu Gut kommt, so hat das Gericht schon bei Erlass des Beweisbeschlusses auf diese Bestimmung Rücksicht zu nehmen und, wenn sich der Zeuge nicht am Sitze des Gerichts aufhält, das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Zeuge seinen Aufenthalt hat, um die Vernehmung zu ersuchen. Stellt sich heraus, dass der betr. Beamte sich nicht an seinem Amtssitz aufhält, so kann der ersuchte Richter selbst ein anderes Amtsgericht um die Vernehmung ersuchen. Nur wenn die in Abs. 3 des § vorgesehene Genehmigung ertheilt wird, kann von den Vorschriften des Abs. 1 und 2 Umgang genommen werden und ist der Zeuge verpflichtet, auch einer Ladung an einen anderen als den im § bezeichneten Ort Folge zu leisten. Diese Genehmigung nachzusuchen, ist an sich Sache der Partei, welche ein Interesse an der Abweichung hat. Das Gericht ist nicht wie im Falle des § 341 verpflichtet, dieselbe einzuholen.[1]) Will das Prozessgericht oder der beauftragte oder ersuchte Richter im Interesse der Sache um die Genehmigung nachsuchen, so sind dieselben aber hiezu jedenfalls legitimirt. Auch kann es sich vielfach empfehlen, von dieser Befugniss Gebrauch zu machen.[2]) Einer besonderen Genehmigung bedarf es nicht, wenn der Zeuge auf das ihm nach § 347 zustehende Recht verzichtet und sich aus freien Stücken oder auf Ersuchen bereit erklärt, vor dem Prozessgericht oder doch an einem anderen, als dem durch den § bestimmten, Orte zu erscheinen. In einer Reihe von Fällen werden die Pflichten des Amtes u. s. w. durch die Vernehmung in keiner Weise berührt. Es muss sonach dem Zeugen überlassen bleiben, zu entscheiden, ob eine Kollision vorliegt oder nöthigenfalls den erforderlichen Urlaub einzuholen. Da durch das Gesetz den in Frage stehenden Personen nur ein Schutz gegen Belästigungen gewährt werden sollte (Bem. 1), kann dem Richter nicht das Recht zustehen, auch dann von der Vorschrift des § Gebrauch zu machen oder auf dem Nachweis der Genehmigung zu bestehen, wenn der Zeuge auf die ihm eingeräumte Vergünstigung verzichtet. Wird die Genehmigung von einer Partei oder dem Gerichte erholt, so muss dieselbe dem Zeugen mit der Ladung mitgetheilt werden.

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 327; Puchelt II S. 178. A. M. sind: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 441; von Sarwey I S. 508; von Bülow S. 235; Kleiner II S. 301; Gaupp II S. 265.

[2]) V. Wilmowski-Levy, von Sarwey, von Bülow, Gaupp, Struckmann-Koch a. a. O.; Seuffert S. 414; Endemann II S. 218.

§ 348.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

1. der Verlobte einer Partei;
2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
4. Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;
5. Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Die unter Nr. 1—3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.

Die Vernehmung der Nr. 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniss nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, dass ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniss nicht abgelegt werden kann.

§ 349.

Das Zeugniss kann verweigert werden:

1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 349 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;

2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;
3. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimniss zu offenbaren.

§ 350.

In den Fällen des § 348 Nr. 1—3 und des § 349 Nr. 1 darf der Zeuge das Zeugniss nicht verweigern:
1. über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war;
2. über Geburten, Verheirathungen oder Sterbefälle von Familiengliedern;
3. über Thatsachen, welche die durch das Familienverhältniss bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;
4. über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältniss sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen.

Die im § 348 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugniss nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

(E. §§ 336—338. M. 493. K. 128 ff., 548 ff.).

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die C.-P.-O. verwirft die gemeinrechtlichen und französisch-rechtlichen Unterscheidungen zwischen klassischen und verdächtigen bezw. zwischen untüchtigen und auf Antrag des Prozessgegners verwerflichen Zeugen, indem sie davon ausgeht, dass solche Beschränkungen einerseits entbehrlich andererseits mit dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar sind. Dagegen enthält sie eingehende Bestimmungen über die Verweigerung des Zeugnisses und behandelt in den §§ 338—350 zunächst das Recht zur Verweigerung. Soweit nicht § 348 oder 349 zur Anwendung kommt, deren Vorschriften als Ausnahmebestimmungen

nicht ausdehnend auszulegen sind, hat Niemand das Recht, das Zeugniss oder den Zeugeneid zu verweigern. Die Verpflichtung des Zeugen geht aber im Allgemeinen nur dahin, dass er mittheilt, was er von der Sache weiss, nicht dahin, dass er sich über einen bestimmten Sachverhalt Kenntniss verschafft. Im Recht der Zeugnissverweigerung ist auch das Recht der Verweigerung des Eides enthalten. Uebrigens wird auch nach der C.-P.-O. immer vorausgesetzt, dass der Zeuge eine dritte Person d. h. weder Partei noch gesetzlicher Vertreter einer solchen ist. Hienach kann z. B. der Direktor einer Aktiengesellschaft, welcher dieselbe in einem Prozess vertritt, in demselben nicht als Zeuge verhört werden.[1]) Die Weigerungsgründe des § 348 beruhen auf einem persönlichen Verhältnisse zwischem dem Zeugen und einer Partei, welches im Falle der Nrn. 1—3 allgemein, im Falle der Nrn. 4 und 5 in Beziehung auf den Gegenstand des Zeugnisses besteht. Die Weigerungsgründe des § 349 haben in der möglichen Rückwirkung der Aussage des Zeugen auf seine und seiner Angehörigen Verhältnisse ihren Grund. Der § 350 schränkt aus besonderen Gründen die in den vorhergehenden Bestimmungen nachgelassenen Ausnahmen von der Zeugnisspflicht wieder ein. (M. 493.)

II. Persönliche Beziehungen zwischen dem Zeugen und einer Partei.

(§ 348 Nr. 1—3, § 350 Abs. 1.)

1) Die Nrn. 1—3 des § 348, welche die meisten Fälle der verwerflichen Zeugen der älteren Prozessgesetze enthalten, wurden durch die Besorgniss, dass die Zeugnisspflicht der nächsten Angehörigen das Familienband lockern und zu falschem Zeugnisse Anlass geben könne, gerechtfertigt. Die Nrn. 2 und 3 entsprechen dem § 41 Nr. 2 und 3. Unter Nr. 1 ist der Verlobte einer Partei berücksichtigt, weil Verlobten bei dem zwischen ihnen bestehenden nahen Verhältnisse das Recht der Zeugnissablehnung nicht füglich entzogen werden kann und eine missbräuchliche Berufung auf ein bestehendes Verlöbniss nur in seltenen Fällen zu erwarten ist. (M. 493.) Bezüglich der in Nr. 2 und 3 erwähnten Verwandtschaftsverhältnisse ist auf die Bem. II. 2 zu § 41 zu verweisen. Was die Verlobung anbelangt, so handelt es sich hiebei nicht bloss um ein in bestimmten Formen eingegangenes Rechtsverhältniss, das in vielen Ländern gar nicht mehr bekannt ist. Vielmehr genügt, jedenfalls wo es eine Verlobung als Rechtsverhältniss nicht gilt, das thatsächliche Verhältniss, welches sich aus der beiderseits ausgesprochenen Absicht der Verehelichung ergibt. Ob ein solches Verhältniss besteht bezw. glaubhaft gemacht wurde, hat, wenn darüber Streit entsteht, das Prozessgericht zu entscheiden (§ 352, 354.) Die entgegengesetzte Ansicht lässt sich nicht aufrechterhalten, weil sonst für weite Gebiete § 348 Z. 1 gar keine Anwendung finden könnte.[2]) Ob der Zeuge, der sich in einem der in den Nrn. 1—3 vorgesehenen Fälle befindet, das Zeugniss verweigern will, steht in seinem Belieben.

[1]) V. auch R.-G. 1. Okt. 1880, Entscheid. Bd. II. S. 400.

[2]) V. auch von Sarwey I S. 510 und Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 442; ferner (wegen § 51 St.-P.-O.) Keller II. Aufl. S. 57; Löwe II. Aufl. S. 251; R.-G. 10. Juli 1880, Rechtspr. II S. 182. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 328; Puchelt II S. 182; Kleiner II S. 302. 303.

Es hat keine der Parteien ein Recht, ihn an der Ablegung des Zeugnisses zu hindern. Damit nicht aus Rechtsunkenntniss unterlassen wird, vom Recht der Zeugnissverweigerung Gebrauch zu machen, müssen jedoch die in Frage stehenden Personen über ihr Recht belehrt werden. Der Verzicht auf das Recht der Zeugnissverweigerung kann jederzeit widerrufen werden.[1]) Ebenso kann aber auch der Zeuge, der erklärt hat, vom Recht der Zeugnissverweigerung Gebrauch zu machen, diese Erklärung, selbst nachdem andere Zeugen vernommen worden sind, zurücknehmen.[2]) Die Zeugnissverweigerung gibt den Parteien kein Recht darauf, dass auch andere Zeugen welche ihre Kenntniss von dem die Aussage verweigernden Zeugen ableiten, nicht verhört werden dürfen. Vielmehr können solche Zeugen vernommen werden. (Vorbem. 2 zu Tit. VII.)[3])

2) Bezüglich der in § 350 Abs. 1 in den Nrn. 1—4 bezeichneten Thatsachen dürfen auch die hier in Frage stehenden Personen das Zeugniss nicht verweigern. § 350 Z. 3 kommt nur dann zur Anwendung, wenn es sich um wirkliche Vermögensangelegenheiten z. B. Ansprüche erbrechtlicher Natur oder aus dem ehelichen Güterrecht, nicht wenn es sich um eine Statusfrage handelt.[4]) Die Vorschrift der Nr. 4, bei der es sich übrigens nur um Handlungen, die von dem Zeugen vorgenommen wurden, nicht um Wahrnehmungen desselben handelt, hängt mit der des § 414 zusammen, durch welchen die Eideszuschiebung an den Rechtsvorgänger einer Partei ausgeschlossen ist. Dass der Zeuge unmittelbarer Rechtsvorgänger einer Partei war, ist nicht erforderlich. Auch ist es einerlei, ob derselbe durch das Gesetz oder durch eine Vollmacht als Vertreter berufen war. Ein Antrag, nach welchem es falls eine Partei ihren Rechtsvorgänger oder Vertreter als Zeugen benennt zulässig sein sollte, die Gegenpartei über dieselbe streitige Thatsache als Zeugen zu vernehmen, wurde von der J.-K. abgelehnt; ebenso ein Antrag auf Streichung der Nr. 4. (K. 548—550.)

III. Verpflichtung zur Verschwiegenheit. (§ 348 Nr. 4 und 5, § 350 Abs. 2.)

1) Durch die Nr. 4 soll das Beichtsiegel und die geistliche Amtsverschwiegenheit geschützt werden. Die Nr. 5 bezieht sich auf die durch ihr Amt oder aus anderen Gründen gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen und steht mit § 300 des R.-St.-G.-B. und mit Art. 69 Nr. 5 H.-G.-B. in Einklang. Dass Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, in Betreff derjenigen Thatsachen, auf welche sich die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit bezieht, ihr Zeugniss zu verweigern haben, ist nicht besonders hervorgehoben (v. Reichsbeamtengesetz § 12 Abs. 2). Die Fassung der Nr. 5 ist so allgemein, dass sie die Zeit während des Dienstes und die Zeit nach Beendigung desselben ergreift (M. 493).

1) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 329; Wilmowski-Levy II. Aufl, S. 443. Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 58; Löwe St.-P.-O. II. Aufl. S. 250.

2) V. Keller und Löwe a. a. O.; R.-G. (I. Strafs.) 7. Mai 1880, Rechtspr. II S. 53 Entsch. in Strafs. II S. 53.

3) V. Keller St.-P.-O. II. Aufl, S. 58, 59.

4) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 331; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 444; von Sarwey I S. 513; Gaupp II S. 271. A. M. ist Seuffert S. 418.

2) Durch die Vorschrift der Nr. 4 wird die Verweigerung des Zeugnisses nicht bloss in Ansehung derjenigen Thatsachen gerechtfertigt, bezüglich deren ein eigentliches Beichtgeheimniss besteht. Vielmehr bezieht sich dieselbe auch auf sonstige vertrauliche Eröffnungen, welche in Ausübung der Seelsorge empfangen wurden. Dagegen findet dieselbe keine Anwendung auf vertrauliche Mittheilungen anderer Art, welche nichts mit der Seelsorge zu thun haben sondern ebensogut einer anderen Person hätten gemacht werden können insbesondere nicht auf Mittheilungen, welche dem Geistlichen mit Rücksicht auf ein Nebenamt z. B. als Schulinspektor gemacht wurden. Unter Geistlichen sind diejenigen der staatlich anerkannten Religionsgesellschaft zu verstehen.[1]) Bei der Nr. 5 handelt es sich nicht bloss um Thatsachen, welche dem Zeugen von einer anderen Person mitgetheilt wurden, sondern auch um eigene Wahrnehmungen und Handlungen des Zeugen, welche nur kraft des in Frage stehenden Amtes, Standes oder Gewerbes geschehen konnten und auf welche sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit erstreckt. Dass die Geheimhaltung ausdrücklich durch Gesetz vorgeschrieben ist, wird nicht erfordert; vielmehr genügt es, dass die Natur der Thatsache die Geheimhaltung derselben bedingt.

3) Auch bei den unter Abs. 4 und 5 gehörenden Personen hängt es im Allgemeinen von deren Ermessen ab, ob sie Zeugniss ablegen oder dasselbe verweigern wollen und es haben die im Prozess befindlichen Parteien kein Recht darauf, sie an der Ablegung oder Verweigerung des Zeugnisses zu hindern. Da in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit vorliegt, deren Verletzung sogar strafrechtlich geahndet werden kann (§ 300 St.-G.-B.), wurde aber in Abs. 3 des § vorgeschrieben, dass die Vernehmung sich auf solche Thatsachen, bezüglich deren die Verschwiegenheit geboten ist, in keinem Falle zu erstrecken hat. Eine Person, die ungeachtet der Vorschrift des § 348 Thatsachen mittheilt, zu deren Geheimhaltung sie verpflichtet ist, kann sich somit unter Umständen nach § 300 St.-G.-B. strafbar machen. Auch die Mittheilung des Geheimzuhaltenden bei Ablegung des Zeugnisses kann eine unbefugte sein.[2]) Soweit es sich um öffentliche Beamte handelt, kommt ausserdem die Vorschrift des § 341 in Betracht. Die Vernehmung der in Frage stehenden Personen in allgemeiner Weise für unstatthaft zu erklären, wurde für entbehrlich gehalten, „weil das Strafgesetz und die Bestimmung des § 348 Abs. 3 gegen Indiskretionen der zum Zeugnisse vorgeschlagenen Personen genügend sichern.“ (M. 493.)

4) Nach Abs. 2 des § 350 dürfen die in Frage stehenden Personen das Zeugniss dann nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden worden sind. Diese Vorschrift kann aber nur dann Anwendung finden, wenn die Entbindung in wirksamer Weise erfolgen kann und wenn sie von einer Person ausging, welche hiezu als berechtigt erscheint. In der J.-K. wurde die Streichung der im Schlussabsatz enthaltenen Zahl 4 beantragt, weil ein katholischer Geistlicher von der Bewahrung des Beichtgeheimnisses von Niemand wirksam

[1]) V. auch Keller St.P.-O. II. Aufl. S. 59; Löwe St.-P.-O. II. Aufl. S. 252.

[2]) A. M. sind bez. der entsprechenden Vorschrift des § 52 St.-P.-O.: Keller II. Aufl. S. 60; Löwe II. Aufl. S. 254 und die dort weiter angeführten Schriftsteller.

entbunden werden könne. Der Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem Direktor von Amsberg erklärt hatte: „Im Schlussatz des § 348 sei nicht gemeint, dass die Entbindung von der Pflicht der Verschwiegenheit seitens derjenigen Person, welche die zu bezeugende Thatsache anvertraut habe, unbedingt ausreiche. Es könne eine Entbindung nur dann, wenn sie nach dem für den einzelnen Fall zur Anwendung kommenden objektiven Recht wirksam ertheilt worden sei, berücksichtigt werden. Darnach werde auch die Zulässigkeit einer Entbindung von der Wahrung des Beichtgeheimnisses zu beurtheilen sein.“ (K. 128.) Die Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit nachzuweisen, ist Sache des Beweisführers.

IV. Rückwirkung der Aussage auf die Verhältnisse des Zeugen oder seiner Angehörigen. (§ 349.)

Die Vorschriften des § 349 sollen zur Verhütung von Meineiden in solchen Fällen dienen, in welchen die Gefahr desselben besonders nahe liegt und durch die Rücksichtnahme auf die Interessen der Angehörigen des Zeugen den Familienfrieden sicher stellen. (M. 493.) Bezüglich der Nr. 1 ist zu beachten, dass nur, wenn ein „unmittelbarer“ vermögensrechtlicher Schaden aus der Beantwortung einer Frage entspringen würde z. B. wenn ein Rückgriff gegen den Zeugen in Aussicht steht, das Zeugniss verweigert werden darf. Die Vorschrift der Nr. 2 entspricht, soweit es sich um die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung handelt, den im Strafverfahren geltenden Grundsätzen (§ 51 St.-P.-O.) Ob bei der strafrechtlichen Verfolgung ein Verbrechen oder Vergehen oder lediglich eine Uebertretung in Frage steht, ist einerlei. Eine Disziplinaruntersuchung ist keine „strafrechtliche“ Verfolgung im Sinne des §. Eine Handlung, welche eine solche herbeiführen kann, wird aber in der Regel der betr. Person auch zur Unehre gereichen. Der im Entwurf enthaltene Ausdruck „Schande“ wurde durch das Wort „Unehre“ ersetzt, der jede Beeinträchtigung der bürgerlichen Ehre umfasst. Ob ein Zeuge auf Grund des § 349 das Zeugniss verweigern will, hängt ebenso wie im Falle des § 348 Nr. 1—3 von seinem Belieben ab. Die in § 350 Abs. 1 vorgesehenen Ausnahmen greifen aber auch hier Platz. Eine Belehrung über das Recht der Zeugnissverweigerung ist nicht wie in den Fällen des § 348 Nr. 1—3 vorgeschrieben aber zulässig. Wenn auch § 349 im Allgemeinen nicht das Recht der Zeugnissverweigerung sondern nur das der Auskunftsverweigerung über einzelne Fragen einräumt, so kann sich doch unter Umständen dieses Recht auf das ganze Beweisthema beziehen.[1])

§ 351.

Der Zeuge, welcher das Zeugniss verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem

[1]) V. Löwe St.-P.-O. II. Aufl. S. 256; Keller ebend. S. 61; R.-G. (III. Strafs.) 9. Okt. 1880, Rechtspr. II S. 305.

Termine die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen.

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 348 Nr. 4, 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine zu erscheinen.

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer solchen zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen,

§ 352.

Ueber die Rechtmässigkeit der Weigerung wird von dem Prozessgerichte nach Anhörung der Parteien entschieden.

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

§ 353.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozessgerichts Bericht zu erstatten.

§ 354.

Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so sind die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll aufzunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgerichte werden der Zeuge und die Parteien von Amtswegen geladen.

Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozessgerichts Bericht zu erstatten, Nach dem Vortrage des Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Thatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden.

(E. §§ 339—342. M. 494. K. 129.)

1) Die §§ 351—354 ordnen das Verfahren im Falle der Zeugnissverweigerung. (§§ 348, 349.) In § 351 wird die Art und Weise, in welcher die Weigerung vorzubringen ist, geregelt; die §§ 352 und 353 enthalten Vorschriften über das Verfahren, falls die Beweisaufnahme vor dem Prozessgerichte stattfinden soll, während § 354 bestimmt, wie zu verfahren ist, wenn dieselbe einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen wurde. Das Verfahren der §§ 352—354 setzt die Angabe eines Weigerungsgrundes voraus. Andernfalls ist sofort nach § 355 zu verfahren.

2) Der Zeuge, welcher das Zeugniss verweigern will, ist nicht verpflichtet, dies vor dem zur Beweisaufnahme bestimmten Termin zu erklären sondern kann seine Weigerung noch im Termin selbst vorbringen. Wenn derselbe die Thatsachen, auf welche er seine Weigerung gründet, vor dem Termin schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angibt und glaubhaft macht, ist er jedoch von der Verpflichtung entbunden, im Vernehmungstermin zu erscheinen. Soll die Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht erfolgen, so ist die schriftliche Erklärung an dieses bezw. an den Vorsitzenden andernfalls an den beauftragten oder ersuchten Richter einzusenden. Wurde ein Amtsgericht um die Beweisaufnahme ersucht, so kann die Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers nur bei dem ersuchten Gericht erfolgen. [1])

3) Bezüglich der Glaubhaftmachung ist § 266 massgebend. Insbesondere kann auch der Zeuge zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Behauptungen zugelassen werden. (K. 129.) In den Fällen des § 348 Nr. 4 und 5 genügt die mit Berufung auf einen geleisteten Dienstcid abgegebene Versicherung des Zeugen zur Glaubhaftmachung. Dieser ist jedoch zu einer solchen Versicherung nicht verpflichtet sondern kann sich auch anderer Mittel bedienen.

4) Durch die Vorschrift in Abs. 4 des § 351 soll der Fortgang des Verfahrens gefördert werden. Erkennt der Beweisführer den Weigerungsgrund des Zeugen an, so ist durch den Verzicht der Partei der Zwischenfall erledigt. Andernfalls entsteht über die Rechtmässigkeit der Weigerung zwischen der Partei und den Zeugen ein Zwischenstreit. (M. 494.)

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 251; Gaupp II S. 273.

5) Ist zur Beweisaufnahme Termin vor dem Prozessgericht festgesetzt, so ist in diesem über die Rechtsmässigkeit der Weigerung zu verhandeln und nach Anhörung der Parteien zu entscheiden, gleichviel ob der Zeuge die Weigerung im Termine oder schon vor demselben vorgebracht hat und ob er im letzteren Falle im Termin erschienen oder ausgeblieben ist. Ist der Zeuge, der eines Anwalts nicht bedarf, sich aber durch einen solchen vertreten lassen kann, persönlich erschienen, so ist er mit seinen Bemerkungen zu hören. Ist derselbe ausgeblieben so wird von einem Mitglied des Prozessgerichts bezw. vom Amtsrichter der Inhalt von dessen schriftlicher oder protokollarischer Erklärung vorgetragen und haben sich die Parteien darüber auszusprechen. Gegen das ergehende Zwischenurtheil findet auch wenn der Zeuge nicht erschienen ist, kein Einspruch, sondern nur sofortige Beschwerde (§ 540) statt. Ein eigentliches Versäumnissverfahren gibt es hier nicht. Die mündliche Verhandlung soll nur den Betheiligten Gelegenheit geben, ihre Meinung zu äussern. Die sofortige Beschwerde steht nicht bloss den Zeugen sondern auch beiden Parteien zu.[1]) Das Zwischenurtheil hat der betreibende Theil dem Zeugen und dem Gegner zustellen zu lassen. Erst wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist (§ 355 Abs. 1), kann mit der Beweisaufnahme bezüglich des das Zeugniss verweigernden Zeugen weiter gefahren und zu Zwangsmassregeln gegen denselben gegriffen werden. Ist die Weigerung für berechtigt erklärt worden, so ist von der Vernehmung desselben abzusehen sofern die Entscheidung nicht abgeändert wird. Es muss jedoch die Entscheidung in der Sache selbst sofern es hiebei auf die Aussage des Zeugen ankommt verschoben werden, bis endgültig über die Rechtmässigkeit der Weigerung entschieden ist. Wurde die Weigerung rechtskräftig für unberechtigt erklärt, so hat das Gericht von Amtswegen zur Fortsetzung der Beweisaufnahme einen Termin festzusetzen, der nach § 335 Abs. 1 zugleich zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt ist. Da das Gericht von der Rechtskraft des Zwischenurtheils an sich keine Kenntniss hat, ist es aber Sache der Parteien, die Terminsbestimmung anzuregen.[2])

6) Wurde die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen, so hat nicht dieser sondern lediglich das Prozessgericht über die Rechtmässigkeit der Weigerung zu entscheiden und es sind, falls die Weigerung schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt wurde, die Akten an den Gerichtsschreiber des Prozessgerichts einzusenden. Zur mündlichen Verhandlung sind die Parteien wie der Zeuge zu laden. Es findet aber nach § 354 auch vor dem beauftragten oder ersuchten Richter eine Art schriftlichen Vorverfahrens statt und sind die Erklärungen der Parteien sowie die des Zeugen, der nicht genöthigt sein soll, vor das Prozessgericht zu reisen, protokollarisch festzustellen. Vor dem Prozessgericht dürfen neue Thatsachen und Beweismittel nicht geltend gemacht werden. Im Uebrigen entspricht das Verfahren vor dem

[1]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 332; Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 447; Seuffert S. 420; Endemann II S. 226; Kleiner II S. 314; Gaupp II S. 276. Nur dem Zeugen und dem Beweisführer will Hellmann (II S. 141) das Recht der Beschwerde einräumen.

[2]) V. auch: Gaupp II S. 276, 377; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 447.

Prozessgerichte im Wesentlichen den Vorschriften der §§ 352 und 353. Dass die Bemerkungen des Zeugen von dem beauftragten oder ersuchten Richter auch dann zu Protokoll zu nehmen sind, wenn dieser seine Weigerung schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers vorgebracht hat aber weitere Erklärungen abgeben will, kann ungeachtet der Fassung des § 354 einem Zweifel nicht unterliegen.

§ 355.

Wird das Zeugniss oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder, nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verweigert, so ist der Zeuge, ohne dass er eines Antrags bedarf, in die durch die Weigerung verursachten Kosten, sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, dass diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

(E. § 343, M. 494. K. 129–132,)

1) Während § 345 die Strafen und Zwangsmittel gegen den nichterschienenen Zeugen bestimmt, setzt § 355 dieselben bezüglich derjenigen Zeugen fest, welche zwar erschienen sind aber das Zeugniss oder die Eidesleistung in ungerechtfertigter Weise verweigern. Eine Verweigerung des Zeugnisses liegt auch dann vor, wenn der Zeuge nur die Beantwortung einzelner an ihn gerichteter Fragen ungerechtfertigter Weise verweigert. Dagegen wird eine Bestrafung in der Regel ausgeschlossen sein, wenn der Zeuge sich weigert, auf Fragen über seine Meinungen, Muthmassungen und Schlussfolgerungen zu antworten, obgleich derartige Fragen nicht unzulässig sind. (Bem. 3 zu §§ 359 ff.) Der Verweigerung der Eidesleistung steht diejenige der Versicherung der Richtigkeit der Aussage (§ 363 Abs. 3) sowie der in § 446 vorgesehenen Betheuerung gleich. Die Frage, ob und in welchem Umfange ein Zeuge, welcher das Zeugniss verweigert hat, dem Beweisführer zum Schadensersatze verpflichtet sei, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Eine

Bestimmung, nach welcher „zur Begründung des Schadensersatzanspruches angenommen werden soll, der Zeuge habe die auf sein Zeugniss gestellten Thatsachen bekundet" wurde absichtlich nicht in die C.-P.-O. aufgenommen. (M. 494.)

2) Bezüglich der in Abs. 1 enthaltenen Vorschriften ist im Allgemeinen auf die Erläuterungen zu § 345 zu verweisen. Auch hier ist die Verurtheilung von Amtswegen durch Beschluss auszusprechen. Der Beweisführer kann aber durch einen Verzicht auf die Aussage des Zeugen der Weigerung zuvorkommen oder die Entscheidung über deren Rechtsmässigkeit verhindern und in dieser Weise die Verurtheilung von dem Zeugen abwenden. (Bem. 1 zu § 364.) Wird das Zeugniss oder die Eidesleistung ohne Abgabe eines Grundes verweigert, so bedarf es einer Entscheidung über die Rechtmässigkeit nicht sondern ist die Verurtheilung sofort auszusprechen. Werden Weigerungsgründe vorgebracht, so muss dagegen das in den §§ 352—354 vorgeschriebene Verfahren durchgeführt werden ehe eine Verurtheilung erfolgen kann. Falls die Weigerung unter Angabe eines neuen Grundes geschieht, über den noch nicht entschieden ist, findet § 355 keine Anwendung. Das Vorbringen neuer Gründe ist nicht unbedingt ausgeschlossen. Vielmehr können solche vorgebracht werden, wenn sie neuerdings entstanden oder bekannt geworden sind.[1]) Gegen das ergehende Urtheil findet wie im Fall des § 345 einfache Beschwerde statt. Ob der Zeuge, der das Zeugniss verweigert, freiwillig oder erst in Folge der Strafen und Zwangsmittel des § 345 erschienen ist, bewirkt keinen Unterschied. Es kann also zuerst auf Grund des § 345 gestraft und dann im Falle der Zeugnissverweigerung § 355 zur Anwendung gebracht werden.

3) Wurde ein Zeuge wegen Zeugniss- oder Eidesverweigerung auf Grund des Abs. 1 bestraft, so kann er, wenn er in einem neuerdings festgesetzten Vernehmungstermin die Weigerung wiederholt, nicht abermals zu der in Abs. 1 angedrohten Strafe verurtheilt werden. Wohl aber ist er, obgleich davon in Abs. 2 nicht die Rede ist, auch in diesem Falle in die durch seine Weigerung verursachten Kosten zu verurtheilen. An die Stelle der in Abs. 1 festgesetzten Geldstrafe tritt als Mittel zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft, die aber mit Rücksicht auf die Schwere der Zwangsmassregel nur auf Antrag derjenigen Partei verhängt werden darf, welche die Vernehmung beantragt. (Vgl. auch § 364.) Auf diese Haft kommen die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 785 ff.) zur Anwendung. Die höchste Dauer der Zwangshaft beträgt nach § 794 sechs Monate; doch findet sie eine frühere Begrenzung durch die Beendigung des Prozesses in der betreffenden Instanz, weil hiemit der die Nothwendigkeit des Zeugnisses veranlassende Grund wegfällt. Die Haft des Zeugen als Zwangsmittel fällt ferner fort, sobald der Zeuge nachträglich das Zeugniss ablegt oder auf dessen Vernehmung verzichtet wird. (M. 494.) Verweigert der Zeuge, welcher in der ersten Instanz wegen Zeugnissverweigerung in Haft genommen wurde, in zweiter Instanz wegen derselben Thatsache abermals das Zeugniss oder

1) V. von Bülow S. 242; Kleiner II S. 320. Unbedingt ausgeschlossen sind neue Gründe nach Seuffert S. 423; Puchelt II S. 187; von Sarwey I S. 519 und Gaupp II S. 280. Unbedingt zugelassen werden solche von Wilmowski-Levy II S. 450.

die Eidesleistung, so kann er wie auch in der J.-K. hervorgehoben wurde, in der späteren Instanz wiederum verhaftet werden. Soweit es sich um dasselbe Zeugniss handelt, darf jedoch die Zwangshaft in allen Instanzen zusammengerechnet nicht länger als sechs Monate dauern. Wird in der früheren Instanz das Zeugniss über einen anderen Punkt in Anspruch genommen und verweigert, so kommt § 355 von Neuem zur Anwendung und es kann wenn das Zeugniss über diesen Punkt wiederholt verweigert wird, abermals eine sechsmonatliche Zwangshaft vollstreckt werden. (K. 129.)

4) Dass die wegen der ersten Weigerung verhängte Strafe bereits vollstreckt worden ist, wird zur Anwendung des Abs. 2 nicht vorausgesetzt. Immer aber muss die Strafe ausgesprochen und nachdem dies geschehen und das Urtheil rechtskräftig geworden eine wiederholte Weigerung erfolgt sein. In der J.-K. beantragte Wolffson, den Eingang des Abs. 2 so zu fassen: „Wenn der Zeuge seine Weigerung nach zwangsweiser Vorführung oder nach Vollstreckung der vorgedachten Strafe fortsetzt, so ist auf Antrag u. s. w.“ und bemerkte zur Begründung dieses Antrags: „es dürfe nur eine Bestrafung entweder wegen Nichterscheinens oder wegen Erscheinens und Nichtaussagens stattfinden; danach müsse aber sofort die Zwangshaft angewendet werden.“ Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, nachdem von den Regierungskommissären erklärt worden war: „Die zweimalige Bestrafung auf Grund von § 345 und von § 355 Abs. 1 treffe nicht dasselbe Unrecht, § 345 verordne eine Disziplinarstrafe wegen Nichtbeachtung der richterlichen Ladung, § 355 Abs. 1 dagegen ein Zwangsmittel, um den Zeugen zur Ablegung des Zeugnisses zu nöthigen.“ (K. 129.)

5) Die Vorschrift des Abs. 4 entspricht derjenigen des § 345 Abs. 4. Auch im Falle der Zeugnissverweigerung ist die Festsetzung und Vollstreckung der gesetzlichen Strafe (nicht bloss die Bestimmung der Höhe derselben) bezüglich aller dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Militärpersonen dem Militärgerichte überlassen. (Bem. III. zu § 345.) Auf die Anordnung der Zwangshaft nach Abs. 2 des § ist aber die Zuständigkeit des Militärgerichts nicht ausgedehnt. Vielmehr steht in dieser Beziehung nach § 793 nur die Vollstreckung der Haft der zuständigen Militärbehörde (§ 345 Abs. 4) zu. Von der J.-K. wurde zu Protokoll festgestellt: „Man ist in der Kommission darüber einverstanden: dass sich der Schlussabsatz des § 355 nur auf den ersten, nicht auf den zweiten Absatz dieses § bezieht, da die in letzterem angedrohte Zwangshaft keine Ungehorsamsstrafe sondern ein Exekutivmittel ist, dass ferner auch diese Exekutivhaft nach den §§ 793, 794 durch die Militärbehörde zu vollstrecken, dagegen die Festsetzung derselben durch § 355 nicht der Militärbehörde zugewiesen ist.“ (K. 131, 132 und Anlage K. zum Protokoll über die 164ste Sitzung.)

§ 356.

Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen; die Beeidigung kann jedoch aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen ihre Zulässigkeit

obwalten, bis nach Abschluss der Vernehmung ausgesetzt werden.

Die Parteien können auf die Beeidigung verzichten.

§ 357.

Der vor der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

„dass Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde“;

der nach der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

„dass Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe“.

(E. § 344. M. 494, 495. K. 132 ff., 550 ff., 683 ff.)

1) Der Entwurf enthielt bezüglich der Art und Weise der Beeidigung nur einen einzigen § (344), nach welchem der Zeuge unter allen Umständen vor der Vernehmung den Eid leisten sollte. In der J.-K. wurden jedoch Abänderungsanträge gestellt, nach welchen die Eidesleistung erst nach der Vernehmung erfolgen oder es doch dem Ermessen des Gerichts überlassen sein sollte, ob die Beeidigung vor oder nach der Vernehmung vorzunehmen sei. Nach längerer Berathung wurde ein Vermittlungsantrag, der den jetzigen § 356 bildet, angenommen und dann auch beibehalten. (K. 132 ff. und 683 ff.) Hienach ist der Regel nach der Zeuge vor seiner Vernehmung zu beeidigen. Nur wenn besondere Gründe gegen die vorhergehende Beeidigung sprechen namentlich wenn es zweifelhaft ist, ob der Zeuge vernehmungsfähig ist oder unbeeidigt vernommen werden muss, kann die Beeidigung verschoben werden. Zur Aussetzung der Beeidigung ist auch der beauftragte und ersuchte Richter befugt. Bezüglich des Zeitpunkts der Beeidigung wurde in der J.-K. bemerkt: „Der Richter werde sich zunächst die persönlichen und die allgemeinen Zeugenfragen beantworten lassen, nach der Beeidigung aber dieselben wiederholen da sie, namentlich die Auslassung auf die allgemeinen Fragen, beschworen werden müssten.“ (K. 135.)

2) Die gemeinsame Beeidigung mehrerer Zeugen vor der Vernehmung wurde durch einen von der J.-K. gemachten Zusatz („einzeln“) ausgeschlossen, „weil die gleichzeitige Vereidigung mehrerer Zeugen den feierlichen Eindruck des Eides abschwäche.“ (K. 135.) Dieser Grund trifft auch dann zu, wenn die Beeidigung bis zum Abschluss der Vernehmung ausgesetzt wurde. Es entspricht sonach dem Willen des Gesetzgebers, dass, auch wenn dies bei mehreren Zeugen geschah, dieselben einzeln beeidigt werden.

3) Die Beeidigung eines Zeugen ist zu unterlassen, wenn beide Parteien auf dieselbe verzichten. Der Verzicht einer Partei genügt auch dann nicht, wenn

die Gegenpartei bei der Beweisaufnahme nicht anwesend ist. Zur Vornahme des Verzichts ist der Prozessbevollmächtigte berechtigt und es bedarf hiezu einer besonderen Vollmacht auch in dem Falle nicht, dass das bürgerliche Recht zum Erlass von Eiden eine Spezialvollmacht verlangt. (Bem. II. 1 zu § 77. K. 135.) Ein Antrag, nach welchem dem Richter das Recht zustehen sollte, den Zeugen auch dann zu beeidigen, wenn beide Parteien auf die Beeidigung verzichtet haben, wurde von der J.-K. (135, 136) abgelehnt.

4) Die in § 357 festgesetzten Eidesformeln sind unbedingt massgebend und dürfen nicht abgeändert werden. Auch Beamte haben den gewöhnlichen Zeugeneid zu leisten. Die Berufung auf den Diensteid genügt nicht. (M. 494, 495.) Bei Mitgliedern einer Religionsgesellschaft, denen das geltende Recht den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln gestattet, steht eine Erklärung unter diesen Formeln der Eidesleistung gleich. (§ 446.)

5) Das Verfahren bei der Abnahme von Eiden ist durch die §§ 440—446 geregelt. Der Zeuge hat dem Richter den Eid nachzusprechen (§ 444 Abs. 1). Ein Antrag, nach welchem der Richter den Eid vorsprechen und der Zeuge nur die Worte beifügen sollte: „Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe“, wurde von der J.-K. (550, 551) abgelehnt. Den für den Fall der theilweisen Zeugnissverweigerung in der pr. Verordnung vom 28. Juni 1844 vorgeschriebenen Vorbehalt übergeht die C.-P.-O. als selbstverständlich. (M. 494.) Die Aufnahme eines solchen Vorbehalts in die Eidesformel ist gestattet aber nicht nothwendig.

§ 358.

Unbeeidigt sind zu vernehmen:

1. Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechszehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;
2. Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden;
3. die nach § 348 Nr. 1—3 und § 349 Nr. 1, 2 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, die im § 349 Nr. 1, 2 bezeichneten Personen jedoch nur dann, wenn sie lediglich über solche Thatsachen vorgeschlagen sind, auf welche sich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht.

4. Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt sind.

Das Prozessgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden letzten Nummern bezeichneten Personen anordnen.

(E. § 345. M. 495. K. 135 ff. und 551 ff.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Ob ein Zeuge zu beeidigen oder unbeeidigt zu vernehmen ist, steht nicht im Ermessen des Gerichts. Vielmehr darf die Beeidigung nur dann unterlassen werden, wenn beide Parteien auf dieselbe verzichtet haben (§ 556 Abs. 2) oder wenn einer der in § 358 vorgesehenen Fälle vorliegt. Die in Nr. 1 und 2 bezeichneten Personen dürfen unter keinen Umständen beeidigt werden. Wenn die Voraussetzungen der Nr. 3 oder 4 vorliegen, so muss die Vernehmung zunächst unbeeidigt erfolgen, das Gericht kann aber die nachträgliche Beeidigung anordnen. Die Vorschriften des § sind von Amtswegen zur Anwendung zu bringen; den Parteien steht aber das Recht zu, auf die Verhältnisse, welche die Beeidigung ausschliessen, aufmerksam zu machen.

2) Ergibt sich vor einem beauftragten oder ersuchten Richter Streit darüber, ob ein Zeuge zu den in § 358 aufgezählten Personen gehört, so ist derselbe nicht befugt, die Beeidigung ungeachtet des erhobenen Widerspruchs vorzunehmen. Vielmehr hat über die Zulässigkeit der Beeidigung das Prozessgericht zu entscheiden. (§ 331.) Dagegen ist der Richter berechtigt, den Zeugen einstweilen unbeeidigt zu vernehmen (§ 356 Abs. 1) und bezüglich der Frage, ob die Beeidigung nachträglich zu erfolgen hat, die Entscheidung des Prozessgerichts einzuholen. Auch die nachträgliche Beeidigung der in Nr. 3 und 4 bezeichneten Personen kann nur das Prozessgericht anordnen. Diese Befugniss fällt weg, wenn die Parteien auf die Beeidigung verzichten. (Bem. 3 zu § 356.)

3) Welche Bedeutung einer unbeeidigten Aussage zukommt, hat das Gericht frei zu würdigen. Dasselbe kann jedoch von der Vernehmung eines Zeugen nicht aus dem Grunde Umgang nehmen, weil derselbe nicht beeidigt werden darf. Ein Antrag, nach welchem das Gericht befugt sein sollte, den Antrag auf Vernehmung einer Person zurückzuweisen, „weil es nach den Umständen des Falles annimmt, dass der Aussage dieser Person ein Einfluss auf die richterliche Ueberzeugung nicht beizulegen sein würde,“ wurde von der J.-K. (551, 552) abgelehnt. Es bleibt sonach bezüglich der Vernehmung solcher Zeugen, welche unter die Vorschrift des § 358 fallen, bei den im Allgemeinen geltenden Grundsätzen. Gegenüber der Auffassung, dass nach der C.-P.-O. ein vorgeschlagener Zeuge vernommen werden müsse, sofern das Gericht nicht den Beweis für bereits geführt erachte, dagegen nicht abgelehnt werden dürfe, weil das Gericht demselben doch keinen Glauben schenken könne, bemerkte Direktor von Amsberg: „Der Antrag führe dahin, dass wenn es sich um zu beeidigende Zeugen handle, alle Personen, welche eine Partei vorschlage, vernommen werden müssten. Dies gehe zu weit; halte

das Gericht die Vernehmung für überflüssig, so liege kein Grund zu derselben vor. — Man könne die Frage, welche vorgeschlagenen Zeugen zu vernehmen seien, nur in das vernünftige Ermessen des alle konkreten Verhältnisse erwägenden Richters stellen.“ (K. 551, 552.) Nach § 437 steht dem Gerichte auch das Recht zu, mit der Aufnahme der angebotenen Beweise innezuhalten und statt dessen einen richterlichen Eid aufzuerlegen. (Vgl. die Bem. zu diesem §.)

II. Vorschriften der Nr. 1—4.

1) Nach Nr. 1 sind Personen, welche das sechszehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, eidesunfähig und dürfen daher nur unbeeidigt vernommen werden. Gleich dem frühen Lebensalter schliesst mangelndes Verständniss der Bedeutung des Eides wegen Unreife oder Schwäche des Verstandes von der Eidesleistung aus. (M. 495.) Bestehen Zweifel darüber, ob ein Zeuge das im Gesetz vorausgesetzte Verständniss von der Bedeutung des Eides hat, so ist dem Gericht gestattet, sich darüber durch geeignete Fragen Gewissheit zu verschaffen.

2) Bezüglich der Nr. 2 wurde in den Motiven auf § 161 R.-St.-G.-B. verwiesen. Die Vorschrift findet aber auch auf solche Personen Anwendung, denen die Fähigkeit zur Leistung des Zeugeneids auf Grund früherer oder solcher ausländischer Strafgesetze rechtskräftig abgesprochen wurde, welche für den vorliegenden Fall massgebend sind.[1])

3) Die nach § 348 Nr. 1—3 zur Zeugnissverweigerung berechtigten Personen sind, wenn sie Zeugniss ablegen wollen, zunächst unbeeidigt zu vernehmen. Jedoch gilt dies nur bezüglich der Thatsachen, auf welche sich das Recht der Zeugnissverweigerung erstreckt. Handelt es sich um Thatsachen, welche unter die Vorschriften des § 350 fallen, so muss die Beeidigung bezüglich dieser Thatsachen erfolgen. In derartigen Fällen empfiehlt es sich, von der vorgängigen Beeidigung (gemäss § 356 Abs. 1) ganz abzusehen und erst nach beendigter Vernehmung darüber zu entscheiden bezw. durch das Prozessgericht entscheiden zu lassen ob die nachträgliche Beeidigung sich auf alle Thatsachen erstrecken soll. Hinsichtlich der in § 349 Nr. 1 und 2 und bezeichneten Personen ist die unbeeidigte Vernehmung nur für den Fall vorgeschrieben, dass dieselben lediglich über solche Thatsachen vernommen werden sollen, auf welche sich das Recht der Zeugnissverweigerung bezieht.

4) Zu den am Ausgang des Prozesses unmittelbar betheiligten Personen gehören Regresspflichtige sei es, dass ihnen der Streit verkündet wurde oder dass dies unterblieb, Bürgen, Gesellschafter u. s. w., nicht aber muthmassliche Erben oder Gläubiger einer Partei, Alimentationsverpflichtete u. s. w. (Bem. II. 1 zu § 41.) Nebenintervenienten, welche nach § 66 als Streitgenossen gelten, dürfen überhaupt nicht als Zeugen vernommen werden.[2])

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 338; Wilmowski-Levy II. Aufl. S 453; Seuffert S. 426; von Sarwey I S. 524; Gaupp II S. 288. A. M. sind: Uebel II S. 337; Endemann II S. 234; Hellmann II S. 249, 250.

[2]) V. Struckmann-Koch und Wilmowski-Levy und von Sarwey a. a. O.

§ 359.

Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenüber gestellt werden.

§ 360.

Die Vernehmung beginnt damit, dass der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntniss, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

§ 361.

Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nöthigenfalls weitere Fragen zu stellen.

Der Vorsitzende hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

§ 362.

Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.

§ 363.

Das Prozessgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozessgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.

Bei der wiederholten oder der nachträglichen Vernehmung kann der Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.

(E. §§ 346—350. M. 495. K. 136—140. 685, 686.)

1) Nach § 359 sind die Zeugen einzeln und ausser Gegenwart der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen. Die bereits abgehörten Zeugen dürfen an sich der Vernehmung der späteren Zeugen beiwohnen und sind mit Rücksicht auf die etwa nothwendig werdende Gegenüberstellung mit anderen Zeugen in der Regel erst nach Beendigung des Zeugenverhörs zu entlassen. Auch ein früher vernommener Zeuge kann aber mit Rücksicht auf eine weitere Vernehmung zum Abtreten während der Abhör späterer Zeugen veranlasst werden. Den Parteien ist es nach § 322 gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen. (Vgl. auch § 362.) Ob die Gegenüberstellung der Zeugen zu erfolgen hat, hängt vom Ermessen des vernehmenden Richters ab, der zu diesem Zweck die nochmalige Abhör eines Zeugen verfügen kann. (§ 365.) Auch das Prozessgericht kann die wiederholte Vernehmung beliebiger Zeugen zum Zweck der Gegenüberstellung anordnen. (§ 363.)

2) Die Vernehmung beginnt nach § 360 mit den persönlichen und allgemeinen Fragen. Die Generalfragen über die Umstände, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugen in der vorliegenden Sache und insbesondere seine Beziehungen zu den Parteien betreffen, sollen nicht einen regelmässigen Bestandtheil des Verhörs bilden sondern nur erforderlichen Falles dem Zeugen vorgelegt werden. Als zulässig erscheinen auch Fragen, welche sich auf die Glaubwürdigkeit des Zeugen in dem in Frage stehenden Prozess oder auf solche Umstände beziehen, welche den Zeugen überhaupt als unglaubwürdig erscheinen lassen. Auch die Frage nach gerichtlichen Bestrafungen, welche der Zeuge erlitten haben soll, ist nicht ausgeschlossen.[1]) Der Zeugeneid erstreckt sich auch auf die Beantwortung dieser Fragen. Die jedesmalige Hinweisung auf diese Tragweite des Zeugeneids wurde für entbehrlich gehalten. (M. 495.) Wegen des Verhältnisses des promissorischen Eids zu den Generalfragen vgl. man Bem. 1 zu § 356 ff.

3) Der § 361 regelt die Vernehmung zur Hauptsache. Der Zeuge soll

[1]) V. Löwe St.-P.-O. II. Aufl. S. 272; Keller II. Aufl. S. 76; R.-G. (II. Strafsenat) 10. Dez. 1880. Entscheid. in Strafs. Bd. III.

seine Aussage zusammenhängend abgeben. Der Natur des mündlichen Verfahrens entsprechend hat derselbe ohne Benützung eines schriftlichen Entwurfs mündlich auszusagen. Es kann ihm aber die Einsichtnahme von Schriftstücken gestattet werden. Zur Aufklärung und Vervollständigung des Zeugnisses dient das Fragerecht des Gerichts und der Parteien. (M. 495). Die Zeugen sind zunächst über diejenigen Thatsachen zu vernehmen, bezüglich deren sie ausdrücklich vorgeschlagen sind. (§ 338.) Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass von ihnen auch über andere Thatsachen, deren Bedeutung sich im Laufe des Zeugenverhörs ergibt und die sich auf das Beweisthema beziehen, Auskunft verlangt wird. Die Zeugen können zwar auch über solche Umstände befragt werden, von denen sie nur durch Mittheilung Anderer Kenntniss haben. Der Grund, auf dem diese Kenntniss beruht, ist aber natürlich immer zu erforschen. Auch über die Meinungen und Muthmassungen des Zeugen sowie über die Schlussfolgerungen, welche er aus dem Wahrgenommenen gezogen hat, können Fragen an denselben gerichtet werden. Die Vernehmung der Zeugen und die Stellung der nöthigen Fragen ist in erster Linie Sache des Vorsitzenden. So lange dieser sein Fragerecht nicht vollständig ausgeübt hat, steht weder den anderen Gerichtsmitgliedern noch den Parteien und Anwälten ein Recht auf Fragestellung zu. Den Gerichtsmitgliedern muss der Vorsitzende auf Verlangen gestatten, geeignete Fragen zu stellen. (Bem. 4 zu § 130.) Ein Antrag, durch welchen der Vorsitzende ermächtigt werden sollte, seine auf die Sachleitung bezüglichen Befugnisse einem Mitglied des Gerichts zu übertragen, wurde von der J.-K. (137, 138) abgelehnt. (Bem. 4 zu § 130.) Bezüglich des den Parteien zustehenden Fragerechts wurde in der J.-K. anfänglich ein Antrag angenommen, nach welchem der Vorsitzende vorbehaltlich der Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit der Frage verpflichtet sein sollte, denselben Fragen zu gestatten, „welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse der Zeugen für dienlich erachten.“ Nachdem der Bundesrath diese Fassung beanstandet hatte, wurde ein vermittelnder Antrag angenommen, dem die jetzige Fassung des § entspricht. (K. 139, 140, 685, 686.) Nach dieser haben zwar die Parteien ein Recht darauf dass diejenigen Fragen, welche sie für nothwendig erachten und deren Zulässigkeit vom Gericht anerkannt wird, vom Vorsitzenden an den Zeugen gerichtet werden; nur den Anwälten muss aber der Vorsitzende ebenso wie den Gerichtsmitgliedern gestatten, an den Zeugen selbst („unmittelbar“) Fragen zu richten. Dieses Recht steht den Rechtanwälten auch im Parteiprozesse zu. Ueber die Zulässigkeit aller Fragen hat, wenn dieselbe beanstandet wird, das Gericht zu entscheiden. (Bem. 1 und 2 zu § 132.) Dem beauftragten und ersuchten Richter steht nach § 365 das Recht der vorläufigen Entscheidung zu. (Vgl. Bem. 4.)

4) Die wiederholte Vernehmung der Zeugen ist nach § 363 Abs. 1 ganz in das Ermessen des Gerichts gestellt. Eine nochmalige Vernehmung im Sinne des § liegt übrigens nur dann vor, wenn diese Vernehmung in einem neuen Termin erfolgen soll. Wird der Zeuge in demselben Termine, sei es auch dass derselbe zur Fortsetzung der Verhandlung vertagt wurde, wiederholt befragt, so handelt es sich immer nur um eine einmalige Verhandlung. Abs. 2 des § entscheidet einen besonderen Fall nach dem allgemeinen Grundsatz des § 539. (M. 495.) Wenn das Prozessgericht von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch

macht, ist es nicht an die im Beweisbeschluss festgesetzte Art der Zeugenvernehmung gebunden, kann vielmehr die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter anordnen falls die frühere Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht stattgefunden hat und umgekehrt. (§ 340.) Die Anordnung der nachträglichen Vernehmung eines Zeugen über eine vom beauftragten oder ersuchten Richter verweigerte Frage enthält eine Aenderung der von diesem gemäss § 365 getroffenen vorläufigen Entscheidung. Ob von der in Abs. 3 eingeräumten Befugniss Gebrauch gemacht werden soll steht im Ermessen des Richters, vor dem die Beweisaufnahme stattfindet. Die frühere Fassung des Abs. 3, in welcher gesagt war, dass die Berufung auf den geleisteten Eid genüge, berechtigte zu der Auslegung, dass eine förmliche Beeidigung nicht verlangt werden dürfe. Desshalb wurde dieselbe abgeändert. (Vgl. Anl. C. zum Prot. der 163sten Sitzung.)

§ 364.

Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner kann aber verlangen, dass der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, dass dieselbe fortgesetzt werde.

(E. § 351. M. 495. K. 140.)

1) Zur Begründung der in dem § enthaltenen Vorschrift wurde in den Motiven (495) bemerkt: „Mit den Grundsätzen der C.-P.-O. über den Wegfall der sogen. Eventualmaxime ist die Lehre von der sogen. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nicht verträglich. Interlokut, Beweisantretung und Beweisfristen des alten Prozesses sind aufgegeben. Die Aufnahme der Beweise geschieht auf Vorschlag des Beweisführers; es unterliegt daher, solange der Beweis noch nicht erhoben ist, dessen freier Disposition, auf den angebotenen Beweis zu verzichten; da aber der Gegner nicht gehindert ist, sich seinerseits der aufgegebenen Beweismittel zu bedienen, so vereinfacht und beschleunigt es das Verfahren, wenn der § 364 bestimmt, dass der Gegner, wenn der Verzicht auf den vorgeschlagenen Zeugen im Vernehmungstermine erfolgt, die Vernehmung des erschienenen Zeugen oder, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, die Fortsetzung derselben verlangen kann und es macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, ob der Vernehmungstermin vor dem Prozessgerichte oder von einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumt war. Der Grundsatz des § 364 ist in § 401 auf den Beweis durch Urkunden zur Anwendung gebracht.“ Nach diesen Ausführungen soll durch den § verhindert werden, dass ein Zeuge, auf den der Beweisführer verzichtet den aber nun der Gegner seinerseits vorschlagen will, obgleich derselbe im Beweisaufnahmetermin anwesend ist, nochmals zu einem neu anzuberaumenden Termin vorgeladen werden muss. Dass die Vorschrift des § keine Anwendung finden kann, wenn der in Frage stehende Zeuge, sei es weil er zufolge des vom Beweisführer ausgesprochenen Verzichts nicht vorgeladen wurde sei es weil er der Vorladung keine Folge leistete, im

Beweisaufnahmetermin nicht anwesend ist, kann nach Wortlaut und Grund des Gesetzes einem Zweifel nicht unterliegen. Auch dadurch, dass der Verzicht des Beweisführers erst im Termin erklärt wurde, wird daran nichts geändert. Dagegen muss die Vorschrift des § ungeachtet der in den Motiven enthaltenen Ausführungen auch dann Anwendung finden, wenn der Beweisführer zwar vor dem Vernehmungstermin auf die Abhör des Zeugen zu verzichten erklärt und dies dem Gegner mittheilt, der Zeuge aber der ihm zugestellten Vorladung Folge leistet und im Termin erscheint, wozu er nach § 345 verpflichtet ist. Auch in diesem Falle treffen Wortlaut und Grund des Gesetzes zu.

2) Dass der Gegner des Beweisführers ungeachtet des von diesem in wirksamer Weise ausgesprochenen Verzichts noch in der Lage ist, den betreffenden Zeugen nachträglich in Vorschlag zu bringen, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der C.-P.-O. ebenso aber auch, dass er hiezu berechtigt ist, obgleich er von der ihm durch § 364 eingeräumten Befugniss im Beweistermin keinen Gebrauch gemacht hat. (K. 140.) Der Zeuge ist kein neuer Zeuge im Sinne des § 339.[1]) Uebrigens kann auch die Partei, welche auf die Abhör des Zeugen verzichtet hat, denselben in der Berufungsinstanz wie in der nämlichen Instanz nochmals vorschlagen. Bezüglich der letzteren gilt derselbe jedoch als neuer Zeuge im Sinne des § 339. Ob der Zeuge auf Antrag der einen oder anderen Partei vorgeschlagen wurde, hat keinen Einfluss auf dessen Glaubwürdigkeit. Jedenfalls ist dieser Umstand nach § 259 ohne rechtliche Bedeutung.[2])

§ 365.

Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt, im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnissverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Auftrags wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.

(E. § 352. M. — K. 140.)

1) Nach § 365 kann der beauftragte wie der ersuchte Richter ausgebliebene sowie solche Zeugen, welche ohne Angabe eines Grundes oder nach rechtskräftiger Verwerfung des geltend gemachten Grundes das Zeugniss oder die Eidesleistung verweigern, gemäss § 345 bezw. 355 bestrafen und ebenso im Falle des wiederholten Ausbleibens bezw. der wiederholten Verweigerung die zwangsweise Vor-

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 342; Puchelt II S. 197; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 456. A. M. sind Uebel I S. 342; von Sarwey I S. 526; Gaupp II S. 298.

[2]) V. Gaupp II 296; Struckmann-Koch a. a. O. A. M. ist Siebenhaar S. 398.

führung des Zeugen oder auf Antrag die Zwangshaft (§ 355 Abs. 2) anordnen. Ja er ist verpflichtet, diese Verfügungen zu treffen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Wegen dieser Verfügungen kann die Entscheidung des Prozessgerichts angerufen werden. Erst gegen dessen Entscheidung findet die in den §§ 345 und 355 vorgesehene Beschwerde statt. (§ 539.) Zu der Aufhebung der gegen den Zeugen ergangenen Verurtheilung (§ 346) ist der beauftragte oder ersuchte Richter auch dann befugt, wenn er die Beweisaufnahme bereits beendigt hat.

2) Die Entscheidung über die Frage, ob die Vernehmung eines Zeugen wegen seines Verhältnisses zum Prozesse zulässig ist, steht nicht dem beauftragten oder ersuchten Richter sondern dem Prozessgerichte zu. [1]) Ueber die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage hat der beauftragte bezw. ersuchte Richter vorläufig zu entscheiden, während die endgiltige Entscheidung dem Prozessgerichte zusteht. Entscheidet sich der beauftragte oder ersuchte Richter für die Zulässigkeit einer Frage, bezüglich deren Streit besteht, so hat er, wenn der Zeuge auf dem Widerspruch beharrt, über diesen Punkt die Entscheidung des Prozessgerichts einzuholen. (§ 331.) Dagegen hat der Widerspruch einer Partei diese Folge nicht. Deren Widerspruch kann die Ausführung der vorläufigen Entscheidung nicht hindern. Die Vorschrift des § 331 kommt hier nicht zur Anwendung, weil der beauftragte oder ersuchte Richter selbst wenn auch nur vorläufig zu entscheiden hat. [2]) Lehnt derselbe die Stellung einer Frage ab, so hat es dabei vorläufig sein Bewenden. Das Prozessgericht kann aber die Entscheidung aufheben (§ 539) und die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über die Frage anordnen. (§ 363 Abs. 2.) Das Recht, einen Zeugen wiederholt zu vernehmen, hat der beauftragte oder ersuchte Richter nicht bloss dann, wenn derselbe noch im Termin anwesend ist. Vielmehr kann er auch dessen abermalige Vorladung anordnen.

§ 366.

Jeder Zeuge hat nach Massgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumniss und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden.

(E. § 353. M. 496. K. 140.)

In der Gebührenordnung vom 30. Juni 1878 (R.-G.-Bl. S 173 ff.) ist nicht bloss die Frage geregelt, welche Gebühren dem Zeugen gegen die Staatskasse zustehen sondern auch die, wer die Gebühren festzusetzen hat. Nach § 17 werden

[1]) V. O.-L.-G. Köln 12. März 1881, rhein. Archiv 72 Abth. II S. 17; d. Justizzeitung 1881 S. 141.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 343; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 457; Endemann II S. 241; Gaupp II S. 298. A. M. sind: Seuffert S. 432; Hellmann II S. 256; von Sarwey I S. 531.

die den Zeugen zu gewährenden Beträge durch den Richter festgesetzt, vor welchem die Verhandlung stattgefunden hat. Die Zahlung erfolgt nur auf Verlangen nach erfolgter Festsetzung. Der Anspruch erlischt binnen drei Monaten. Gemäss § 166 G.-V.-G. kann den Zeugen, welche eine weitere Reise zu machen haben, auch ein Vorschuss bewilligt werden.

Achter Titel.

Beweis durch Sachverständige.

(§§ 367—379).

Vorbemerkungen.

1) Nach der C.-P.-O. sind die Sachverständigen, soweit sie nicht als sogen. „sachverständige Zeugen“ (§ 379) erscheinen, als Gehülfen des Richters anzusehen. Sie erstatten demselben ein auf besondere Sachkenntnisse gestütztes Gutachten über feststehende oder als feststehend angenommene Thatsachen und geben, auch wenn sie bei Einnahme des Augenscheins als wahrnehmende oder darstellende Sachverständige thätig waren, ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes Urtheil ab. (M. 496.) Der Umstand, dass auf den Beweis durch Sachverständige im Allgemeinen die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung finden (§ 367), steht mit dieser Auffassung nicht in Widerspruch, denn es handelt sich hiebei nur um das formelle Verfahren und es sind diese Vorschriften durch die §§ 368 ff. in allen Punkten, welche die Stellung der Sachverständigen betreffen, abgeändert. [1]) Uebrigens folgt aus dieser Auffassung nicht, dass die Sachverständigen eine richterliche Thätigkeit haben oder einen Theil des Richteramts ausüben, denn sie haben nichts zu entscheiden, sondern nur zu begutachten. Auch hören sie dadurch, dass der Richter sie als Gehülfen benützt nicht auf, Beweismittel zu sein. [2]) Von den Zeugen unterscheiden sich die Sachverständigen dadurch, dass sie nicht bloss über Wahrnehmungen Auskunft geben, welche sie in der Vergangenheit gemacht haben sondern sich über thatsächliche Zustände gutachtlich aussprechen. Dass in § 368 von Antretung des Beweises die Rede ist, hat darin seinen Grund, dass den Parteien das Recht eingeräumt werden sollte, die Vernehmung von Sachverständigen zu beantragen und für diesen Fall die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte verlangt werden musste. Aus der Wahl der Worte

[1]) V. auch Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 458; Seuffert S. 433, 434; Puchelt I S. 199 ff.; von Sarwey I S. 531; Endemann II. S. 242; Hellmann II S. 257; Kleiner II S. 335; Gaupp II S. 302 ff. und soweit es sich um die C.-P.-O. handelt; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 345, 346; Obermeyer die Lehre von den Sachverständigen S. 4, 5, 54, 94 ff.; Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 83. A. M. ist: von Canstein in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. II. S. 328 ff.

[2]) V. Obermeyer a. a. O.

[3]) V. Obermeyer S. 56.

„Antretung des Beweises“ dürfen Folgerungen bezüglich der Stellung der Sachverständigen nicht gezogen werden. Auch die Sachverständigen, welche auf Antrag einer Partei zugezogen wurden, sind als Gehülfen des Richters anzusehen.

2) Die Anregung zur Aufnahme vom Sachverständigenbeweis kann ohne Antrag der Parteien von dem Gerichte ausgehen (§§ 3, 135, 260); dieselbe kann aber auch durch Beweisantritt der Parteien gegeben werden (§ 368). Die Stellung des Gerichts gegenüber solchem Beweiserbieten regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Einen positiven Zwang zur Beiziehung von Gutachtern spricht das Gesetz nur in den §§ 598, 599 für den Entmündigungsprozess aus. Die Aufnahme einer Vorschrift, dass das Gericht die Vernehmung von Sachverständigen ablehnen dürfe, im Falle es sich selbst die erforderliche Sachkunde beimesse, wurde unterlassen weil sie einestheils entbehrlich anderntheils bedenklich sei. (M. a. a. O.)

Dass die Vorschriften des Titels auch für den von Amtswegen erhobenen Beweis durch Sachverständige gelten, ist in § 135 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen. Die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Zuziehung von Sachverständigen sind durch § 13 Abs. 1 E.-G. aufrechterhalten. In den Fällen der Art. 348, 365, 407, H.-G.-B. kommen die §§ 367 ff. unter allen Umständen zur Anwendung. (§ 13 Abs. 4 E.-G.)

§ 367.

Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.

§ 368.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.

(E. §§ 354, 355. M. 496. K. 140.)

1) Bezüglich der in den §§ enthaltenen Bestimmungen ist auf die Vorbemerkungen zu verweisen. Hienach ist das Gericht unzweifelhaft berechtigt, die beantragte Vernehmung von Sachverständigen abzulehnen, wenn es sich selbst die erforderliche Sachkenntniss zutraut.[1]) Es kann aber auch der Verzicht einer Partei das Gericht nicht hindern, die von derselben vorgeschlagenen Sachverständigen dennoch zu vernehmen.[2]) Dasselbe ist an die von der Partei bezeichneten Punkte nicht gebunden sondern kann statt deren oder neben denselben andere Punkte bezeichnen, über welche sich die Sachverständigen äussern

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 346; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 459; Puchelt II S. 200; Endemann II S. 243; Gaupp II S. 305. A. M. ist von Bülow S. 253. Als zweifelhaft bezeichnet die Frage Obermeyer a. a. O. S. 97 ff.

[2]) So auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 353; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 466. V. dag. von Bülow S. 259.

sollen. Sofern die Sachverständigen von einer Partei vorgeschlagen werden, welche hienach als Beweisführer auftritt, kommt § 344 Abs. 1 zur Anwendung, kann sonach das Gericht die Hinterlegung eines Vorschusses anordnen. [1])

2) Die Vorschriften über den Zeugenbeweis, welche hier zur entsprechenden Anwendung kommen können, sind enthalten in den §§ 339—344, 346, 347, 351 bis 354, 360—363, 364 und 365. Der in § 364 vorgesehene Verzicht hindert nicht, dass das Gericht ungeachtet desselben die Vernehmung der Sachverständigen anordnet. (Bem. 1.) Soweit es sich um das Verfahren handelt, können auch die §§ 345 und 355 entsprechende Anwendung finden. Die §§ 338, 345, 348—350, 355, 356—358 sind im Wesentlichen ersetzt durch die §§ 368, 355, 372, 373, 374, 375 und 376. § 359 eignet sich seinem Grund nach nicht zur entsprechenden Anwendung. (Bem. 1 zu §§ 367 ff.) [2])

§ 369.

Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozessgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.

Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken.

§ 370.

Das Prozessgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vor-

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 460; Puchelt II S. 201; Hellmann II S. 258; Obermeyer a. a. O. S. 128. A. M. sind: Seuffert S. 435 und Gaupp II S. 304.

[2]) V. hiezu die theilweise abweichenden Zusammenstellungen von Seuffert (S. 435) und Puchelt (II S. 201.)

stehenden Paragraphen dem Prozessgericht beigelegten Befugnisse auszuüben.

(E. § 356. M. 496. K. 140—142.)

1) Dass das Prozessgericht die zuziehenden Sachverständigen zu bezeichnen und die Zahl derselben zu bestimmen hat, ergibt sich aus deren Stellung als Gehülfen des Richters. (Vorbem. 1.) Aus dieser folgt auch, dass das Gericht über die Art und Weise der Begutachtung und über die Bedeutung, die dem Gutachten zukommt, frei zu entscheiden hat. Nach der C.-P.-O. (vgl. insbesond. § 375) können nur einzelne Personen, nicht wie nach der St.-P.-O. (§ 83 Abs. 3) auch Kollegien, als Sachverständige ernannt werden. Das Gutachten einer Fachbehörde ist sonach ausgeschlossen.[1]) Die abweichenden Vorschriften der Reichsgesetze sind jedoch durch § 13 E.-G. aufrechterhalten. Das erstattete Gutachten unterliegt der freien Würdigung des Gerichts auch dann, wenn die mehreren Gutachten mit einander übereinstimmen. Bei Abweichungen, welche sich auf eine Quantität beziehen, kann das Gericht sich für den Durchschnitt entscheiden. Es kann aber auch ein bestimmtes Gutachten zu Grund legen.[2]) Das Ermessen des Gerichts entscheidet darüber, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich (§ 376), ob es von mehreren Sachverständigen gemeinsam — unter Hervorhebung der etwaigen abweichenden Ansichten — oder getrennt zu erstatten ist, ob das schriftliche Gutachten mündlich erläutert werden soll (§ 376 Abs. 2) und ob bei ungenügendem Ergebnisse eine wiederholte Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige zu erfolgen habe. Die Vorschrift des § 359, nach welcher die Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden zu vernehmen sind, kann der Natur der Sache nach entsprechende Anwendung nicht finden. (Bem. 2 zu § 367; M. 496.) Die Befugniss, an Stelle der zuerst bezeichneten Sachverständigen andere zu ernennen, ist eine allgemeine; es kann von derselben also auch dann Gebrauch gemacht werden, wenn die ernannten Sachverständigen bereit und in der Lage sind, ein Gutachten abzugeben. Wird die Vorschrift des § 370 zur Anwendung gebracht, so stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter dieselben Befugnisse zu, welche § 369 dem Prozessgericht einräumt; er unterliegt aber auch denselben Beschränkungen wie dieses. (Bem. 2 und 3.)

2) Die Vorschrift des Abs. 2, die nur eine instruktionelle Bedeutung hat, („sollen"), wurde von der J.-K. auf Antrag von Zinn beigefügt, der ausführte, es liege in der Bestellung bestimmter Personen für gewisse Gutachten durch den Staat besonders von amtlichen Gerichtsärzten und Gerichtsthierärzten und in der steten Kontrole der Oberbehörden, denen dieselben verantwortlich seien, eine grössere Garantie für deren Tüchtigkeit. Uebrigens bemerkte Zinn, er habe unter den öffentlich bestellten Sachverständigen nur diejenigen gemeint, welche inner-

[1]) V. auch Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 467; Gaupp II S. 317. A. M. sind: Struckmann und Koch III. Aufl. S. 355.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 347; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 461.)

halb des Gerichtsbezirks bestellt seien. Ein Ausnahmsfall, in dem die Vorschrift nicht zur Anwendung zu kommen hat, soll nach der Erklärung des Antragstellers insbesondere dann vorliegen, „wenn sich am Orte, wo der Gerichtsarzt ist, ein besser geeigneter Spezialist befinde, ferner wenn ein näherer Arzt vorhanden sei, welcher anerkannter Maassen gleiche oder grössere Qualifikation zum Gutachten habe, als der weiter entfernte Gerichtsarzt, endlich auch, wenn der Gerichtsarzt in mehreren Sachen gleichzeitig zum Gutachten bestellt sei, und nicht die mehreren Funktionen wahrnehmen könne.“ (K. 141, 142.)

3) Die Parteien können ihrerseits Sachverständige vorschlagen. Das Gericht ist aber nicht genöthigt, auf die Vorschläge einer einzelnen Partei Rücksicht zu nehmen und ist auch nach Abs. 3 nur befugt, nicht verpflichtet, die Parteien zu solchen Vorschlägen aufzufordern. Die Aufforderung hat der Natur der Sache nach bei der mündlichen Verhandlung, nicht erst im Beweisbeschluss oder nach demselben zu erfolgen.[1]) Nur wenn sich alle Parteien, sei es in Folge einer solchen Aufforderung, sei es aus freien Stücken, über bestimmte Personen geeinigt und dies dem Gericht mitgetheilt haben, muss dasselbe die bezeichneten Personen ernennen. Die Vorschrift des Abs. 4 wurde von der J.-K. auf Antrag von Bähr beigefügt, der dieselbe als eine Konsequenz der Verhandlungsmaxime bezeichnete. Die Parteien können sich auch bei dem Vorhandensein öffentlich bestellter Sachverständigen (§ 369 Abs. 2) über andere Personen einigen und das Gericht ist an eine solche Vereinbarung auch dann gebunden, wenn es von der Befugniss des Abs. 3 keinen Gebrauch gemacht hat. Dasselbe kann noch weitere Sachverständige hören, wenn die von den Parteien bezeichneten ihm nicht die genügende Aufklärung verschafft haben. Dagegen kann es nicht schon gleichzeitig mit den von den Parteien vereinbarten Sachverständigen andere vernehmen. Einem solchen Verfahren steht der Wortlaut des Abs. 4 wie der Grund des Gesetzes entgegen.[2]) Die Zahl der erforderlichen Sachverständigen hat, wie aus dem Wortlaut des § und den Verhandlungen der J.-K. hervorgeht, lediglich das Gericht zu bestimmen. Ein Antrag, nach welchem das Gericht genöthigt sein sollte, auch einer Einigung der Parteien über einen einzigen Sachverständigen Folge zu geben, wurde abgelehnt. (K. 141, 142.)

Dass die Parteien an die in Abs. 2 enthaltene Beschränkung nicht gebunden sind, ergibt sich aus dem Wortlaut und der Stellung dieser Vorschrift, welche hienach nur für das Gericht massgebend ist, wie aus dem Grund derselben.

§ 371.

Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt

[1]) So auch Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 462; Endemann II S. 248; von Sarwey I S. 534; von Bülow S. 254; Gaupp II S. 306; Obermeyer a. a. O. S. 107. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 348.

[2]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 348; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 462; Endemann II S. 247; Gaupp II S. 308. A. M. sind Seuffert S. 438 und von Sarwey I S. 534.

werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, dass der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.

Das Ablehnungsgesuch ist bei demjenigen Gericht oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkt ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absatze bezeichneten Gericht oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Betheiligten ist nicht erforderlich.

Gegen den Beschluss, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluss, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

(E. § 358. M. 496. K. 142, 552 ff.)

1) Eine Ausschliessung von Sachverständigen im Sinne des § 41 gibt es nicht. Vielmehr muss die Ablehnung, welche von einer in Abs. 1 enthaltenen Fällen abgesehen auf die §§ 41 und 42 gestützt werden kann, auch in den Fällen des § 41 ausdrücklich geltend gemacht werden. Aus § 375 ergibt sich, dass in der Regel nur eine eidesfähige Person als Sachverständiger bezeichnet werden kann. Von der Ablehnung wegen „mangelnder Sachkunde“ wurde absichtlich Umgang genommen. (M. 496.)

2) Die Art und Weise der Ablehnung und die Frist, innerhalb deren dieselbe vorzubringen ist, wird in Abs. 2 und 3 geregelt. Nach diesen Vorschriften ist die Ablehnung vor demjenigen Richter, der den Sachverständigen ernannt hat, vorzubringen, vor dem beauftragten oder ersuchten Richter also nur dann, wenn demselben die Ernennung gemäss § 370 übertragen wurde, nicht auch dann, wenn das Prozessgericht denselben ernannt, die Vernehmung aber einem Gerichtsmitglied oder Amtsrichter übertragen hat. Ein Antrag, nach welchem die Parteien ver-

pflichtet sein sollten, die Ablehnung vor der Beeidigung des Sachverständigen vorzubringen, wurde von der J.-K. (142, 143) abgelehnt. Um die Annahme auszuschliessen, als ob auch ein nach der Abgabe des Gutachtens entstandener Ablehnungsgrund von Einfluss sein könne, wurde die Fassung des Entwurfs geändert. (K. 142, 143.) Ein solcher Grund kann die Ablehnung nicht rechtfertigen.[1])

3) Dass der Ablehnungsgrund von der Partei stets glaubhaft gemacht werden muss und die Erklärung des Sachverständigen, der allerdings gehört werden kann, nicht unbedingt entscheidend ist, ergibt sich schon aus der Fassung des §, die von der des § 44 abweicht. Auch wurde ein Antrag, vor „glaubhaft" die Worte einzuschalten: „sofern der Sachverständige denselben nicht zugesteht," von der J.-K. wiederholt abgelehnt nachdem bemerkt worden war: „Welche Bedeutung dem Zugeständniss des Sachverständigen beizulegen sei, müsse der freien Würdigung des Richters überlassen bleiben. Der Erklärung des Sachverständigen wie der des dienstlich sich äussernden Richters unbedingt vollen Glauben beizulegen sei bedenklich, da es dann in der Hand des Sachverständigen liegen würde, sich der Abgabe eines Gutachtens dadurch zu entziehen, dass er eine Partei zur Abgabe irgend eines Ablehnungsgrundes veranlasse und diesen einräume." (K. 142 ff., und 552 ff.)

Die Entscheidung über die Ablehnung erfolgt durch Beschluss, nicht durch Zwischenurtheil.[2]) Das Verfahren ist in der Regel gebührenfrei. (G.-K.-G. § 47.)

§ 372.

Der zum Sachverständigen Ernannte hat der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniss Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.

§ 373.

Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugniss zu verweigern, berechtigen einen Sachver-

[1]) So auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 349; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 463. V. dag. Puchelt II S. 205.

[2]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 463.

ständigen zur Verweigerung des Gutachtens. Das Gericht kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständiger findet nicht statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, dass die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachtheile bereiten würde.

(E. §§ 359, 360. M. 496, 497. K. 145—148, 687.)

Verpflichtung zur Annahme der Ernennung im Allgemeinen. (§ 362.)

1) Eine Verpflichtung, die Thätigkeit eines Sachverständigen zu übernehmen, nach Art des Zeugenzwangs, besteht nach der C.-P.-O. nicht. Vielmehr ist zur Erstattung eines Gutachtens im Allgemeinen nur derjenige verbunden, der sich vor oder nach erfolgter Ernennung vor Gericht ausdrücklich oder stillschweigend hiezu bereit erklärt hat. Ein Antrag, den Abs. 2 des § 372 zu streichen, wurde in der J.-K. (145—148) abgelehnt. Immerhin dehnt die C.-P.-O. den Sachverständigenzwang weiter aus als es sonst herkömmlich ist, was in den Motiven (§ 496, 497) ausführlich gerechtfertigt wurde. Die Pflicht zur Abgabe eines sachverständigen Gutachtens begreift auch die Verpflichtung in sich, die sachverständigen Untersuchungen vorzunehmen, welche hiezu nothwendig sind.

2) Nach § 372 Abs. 1 sind drei Klassen von Personen verpflichtet, sofern nicht ein besonderer Weigerungsgrund (§ 373) vorliegt, der Ernennung als Sachverständige Folge zu leisten.

a) Zu den Personen, welche zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art „öffentlich" d. h. von Seite des Staats oder eines Kreises, einer Gemeinde bestellt sind, gehören zunächst die Gerichtsärzte, Gerichtsthierärzte, die Mitglieder sogen. Medizinalkomites u. s. w. Auch die Mitglieder der auf Grund des Gesetzes über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 (§ 30) gebildeten Sachverständigenvereine, sowie des Patentamts (v. § 18 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 R.-G.-Bl. S. 505) gehören hierher. Es bleibt aber dem Verein bezw. der Behörde überlassen, zu bestimmen, welche Mitglieder sich bei der Erstattung des Gutachtens zu betheiligen bezw. vor Gericht zu erscheinen haben.

b) Die zweite Klasse bilden diejenigen Personen, welche die Wissenschaft, die Kunst, oder das Gewerbe, deren Kenntniss zur Erstattung des Gutachtens befähigt, öffentlich d. h. in einer Jedermann zugänglichen Weise, nicht unter Beschränkung auf einen geschlossenen Kreis, und zwar zum Zwecke des Erwerbs ausüben und zwar auch dann, wenn sie hiezu keiner öffentlichen Bestellung oder Zulassung bedürfen. Hieher gehören also nicht bloss Aerzte, Apotheker und dergl. Personen sondern Gewerbtreibende aller Art, insbesondere auch Kaufleute. Das Wort „Gewerbe" ist hier nicht bloss im Sinne der Gewerbe-

ordnung aufzufassen, sondern in seinem weitesten Sinne gebraucht. (K. 148.) Immer wird zur Anwendung der fraglichen Vorschrift vorausgesetzt, dass der Sachverständige zur Zeit der Ernennung die betr. Kunst oder das Gewerbe in der im Gesetz angegebenen Weise ausübt. Ein Gewerbetreibender, der sein Geschäft aufgegeben hat, kann also nicht zur Annahme der Ernennung genöthigt werden. Ob die Wissenschaft oder Kunst bezw. das Gewerbe im Gerichtsbezirk ausgeübt wird, ist nicht entscheidend. (J. 147, 148.)

c) Auch Personen, welche die in Frage stehende Wissenschaft oder Kunst bezw. das Gewerbe nicht praktisch oder doch nicht öffentlich oder nicht zum Zweck des Erwerbs ausüben, müssen der Ernennung Folge leisten, wenn sie „zur Ausübung derselben „öffentlich bestellt oder ermächtigt“ sind. Es kann hiernach ein Professor der Medizin u. s. w. auch dann zur Annahme der Ernennung gezwungen werden, wenn er die ärztliche Praxis nicht bezw. nicht mehr ausübt. Ein Antrag, den in Frage stehenden Satz zu streichen, wurde von der J.-K. abgelehnt. Unter § 372 Abs. 2 fällt nicht eine allgemeine bezw. für gewisse Fächer sondern nur die für einen bestimmten Prozess erfolgte Bereiterklärung. Es folgt dies mit Bestimmtheit aus dem Wortlaut des Gesetzes („des Gutachtens“ und „denselben“). Eine Ausdehnung dieser Bestimmung ist nicht gerechtfertigt. Auch müsste ein Widerruf der allgemeinen Bereiterklärung gestattet werden. [1])

II. Verweigerung des Gutachtens und Ausschliessung öffentlicher Beamten.

1) Nach § 373 Abs. 1 finden die §§ 348—350 auf Sachverständige entsprechende Anwendung und kann die Erstattung eines Gutachtens allgemein oder bezüglich bestimmter Punkte abgelehnt werden, wenn einer der dort aufgezählten Weigerungsgründe vorliegt. Dabei wird natürlich vorausgesetzt, dass an sich die Verpflichtung zur Abgabe eines Gutachtens begründet sein würde. Das Verfahren richtet sich nach den §§ 351—354. Ueber die Rechtmässsigkeit der Weigerung hat auch dann das Prozessgericht zu entscheiden, wenn der Sachverständige von einem beauftragten oder ersuchten Richter ernannt worden ist. (§ 352 Abs. 1.) Da es wünschenswerth sein kann, einen Sachverständigen, der seiner Aufgabe nicht gewachsen oder zu sehr beschäftigt ist u. s. w., von der ihm obliegenden Verpflichtung zu entbinden, wurde das Gericht hiezu in allgemeiner Weise ermächtigt. Regt der Sachverständige, ohne das Gutachten zu verweigern, die Entbindung an, so finden die §§ 351 ff. keine Anwendung. [2]) Die hier eingeräumte Befugniss steht nur dem Prozessgericht zu. Wenn ein beauftragter oder ersuchter Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigt wurde (§ 370), kann er aber die Entbindung in der Weise bewirken, dass er auf Grund des

[1]) V. Endemann S. 252; Obermeyer a. a. O. S. 128; Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 85; Löwe II. Aufl. S. 287; Geyer bei Holtzendorff I S. 243; Voitus St.-P.-O. S. 134. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 351; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 464; von Sarwey I S. 538; Gaupp II S. 312; Puchelt St.-P.-O. S. 172.

[2]) V. auch: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 351; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 465; von Sarwey I S. 539; Hellmann II S. 266. A. M. ist Seuffert S. 441.

§ 369 Abs. 1 an Stelle des in Frage stehenden Sachverständigen einen anderen ernennt.

2) Durch die Vorschrift des § 373 Abs. 2 sollen gegenüber der Ernennung von Beamten zu Sachverständigen die „dienstlichen Interessen“ gewahrt werden. In erster Linie handelt es sich hiebei um die zur Erfüllung der Amtspflichten erforderliche Zeit. Der Einspruch kann aber auch aus andern Gründen erhoben werden. (M. 497.)

§ 374.

Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Ersatze der Kosten und zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark verurtheilt. Im Falle wiederholten Ungehorsams kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt werden.

Gegen den Beschluss findet Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

(E. § 361. M. 497. K. 148 ff., 553.)

1) Die Strafbestimmungen des § 374 weichen von den Vorschriften über das Verfahren gegen unfolgsame Zeugen (§§ 345 und 355) insofern ab, als gegen Sachverständige weder für den Fall des Unvermögens die Haft noch bei wiederholtem Ausbleiben oder bei wiederholter Weigerung die zwangsweise Vorführung und die Zwangshaft zulässig ist. Die C.-P.-O. nimmt an, dass die Anwendung solcher Zwangsmittel behufs Erzwingung einer geistigen Arbeit unangemessen sei. In § 138 Abs. 1 R.-St.-G.-B. wird zwar eine Freiheitsstrafe angedroht. Dieselbe richtet sich aber ausschliesslich gegen die durch das Vorbringen einer falschen Entschuldigung begangene Verletzung der öffentlichen Ordnung. (M. 497.) Findet ein wiederholtes Ausbleiben oder eine wiederholte Verweigerung des Gutachtens oder der Eidesleistung statt, so kann die Strafe nicht bloss wie im Falle des § 345 noch einmal erkannt sondern zugleich auf den Betrag von sechshundert Mark erhöht werden. Es kann aber hier nur eine zweimalige Bestrafung eintreten. Die Verurtheilung hat von Amtswegen zu erfolgen und es ist der beauftragte und ersuchte Richter befugt, dieselbe auszusprechen und im Falle genügender Entschuldigung wieder zurückzunehmen. Das Verfahren ist gebührenfrei. (§ 47 G.-K.-G.) Die Beschwerde hat (nach § 535) aufschiebende Wirkung.

2) Bezüglich des Abs. 3 stellte Hauck in der J.-K. (149) die Anfrage, „ob das Militärgericht an die durch das Gesetz angedrohte Geldstrafe gebunden sei oder etwa wegen des mitunterlaufenden militärischen Delikts der Nichtbefolgung

dienstlichen Befehls Haft aussprechen könne", worauf Direktor von Amsberg erwiderte: „das Militärgericht dürfe, insoweit es sich nur um eine Verletzung des § 374 handle, auch nur die in diesem § angedrohte Strafe festsetzen." (V. auch Bem. III. zu § 345 und Bem. 4 zu § 355.)

§ 375.

Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten, vor Erstattung des Gutachtens einen Eid dahin zu leisten:

> dass er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde.

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

(E. § 362. M. 497. K. 149. 150.)

1) Der Sachverständige hat stets einen promissorischen Eid zu leisten. Die Aussetzung der Beeidigung bis nach erfolgter Erstattung des Gutachtens ist nicht zulässig. Bei mündlicher Begutachtung muss hienach die Beeidigung vor der Vernehmung des Sachverständigen, bei schriftlicher vor der Einreichung bezw. der Niederlegung des Gutachtens erfolgen. (vgl. § 376 und § 371 Abs. 2.)[1] Die Beeidigung kann übrigens auch einem anderen Gerichte oder einem Mitglied des Gerichts überlassen werden. Die Vorschrift des § 340 bezieht sich nicht auf die Beeidigung der Sachverständigen, welche nicht als Aufnahme des Beweises angesehen werden kann. (K. 150.)

2) Auch die Beeidigung der Sachverständigen kann nur unterlassen werden, wenn alle Parteien auf dieselbe verzichten, muss aber dann unterbleiben. (Bem. 3 zu § 356 ff.)[2] Der Verzicht auf die Vernehmung der Sachverständigen kann das Gericht an deren Vernehmung nicht hindern. (Bem. zu §§ 367 ff.) Ein Antrag, nach welchem die Beeidigung nur dann vorgenommen werden sollte, wenn dieselbe von einer Partei verlangt werde, wurde von der J.-K. (149, 150) abgelehnt. Die Vorschrift in Abs. 2 entspricht dem allgemein geltenden Recht. (M. 497.) Wie aus der Fassung des § hervorgeht, welche von der des § 363 Abs. 3 wesentlich abweicht, liegt es hier nicht im Belieben des Richters, ob er einen förmlichen Eid verlangen oder sich mit der Berufung auf den geleisteten

[1]) So auch: Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 466; Kleiner II S. 350; Gaupp II S. 316; Obermayer S. 154. V. dagegen: Struckmann und Koch III. Aufl. S. 353; Seuffert S. 443.

[2]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 353; Gaupp II S. 317. A. M. ist Endemann II S. 256.

Eid begnügen will. Diese ersetzt vielmehr die Eidesleistung im einzelnen Fall und muss auch dem Richter genügen. (Bem. 4 zu §§ 359 ff.).[1])

§ 376.

Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere.

(E. § 363. M. 497. K. 150.)

1) Ob das Gericht mündliche oder schriftliche Begutachtung verlangen will, ist in sein Ermessen gestellt. Wird der erstere Weg vorgezogen, so werden die Sachverständigen, denen nöthigenfalls vorher eine besondere Anweisung (Bem. 2) ertheilt werden kann, in der öffentlichen Sitzung des Prozessgerichts bezw. vor dem beauftragten oder ersuchten Richter vernommen. Sind mehrere Sachverständige bestellt, so findet § 359 Abs. 1 keine Anwendung (Bem. 2 zu §§ 367 ff. und Bem. 3 zu §§ 369 ff.) Bei schriftlicher Begutachtung muss das Gutachten auf der Gerichtsschreiberei des beweisaufnehmenden Richters hinterlegt werden. Eine Abgabe desselben zum Protokoll des Gerichtsschreibers würde den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen. Es ist aber nicht nothwendig, dass der Sachverständige selbst zum Gericht reist, um die Niederlegung vorzunehmen. Vielmehr genügt auch die Uebersendung durch die Post. Das schriftliche Gutachten ist erstattet, sobald die Hinterlegung stattgefunden hat. Desshalb muss die Beeidigung des Sachverständigen vor der Hinterlegung des Gutachtens erfolgen. (Bem. zu § 375.)[2]) Es kann aber sowohl durch das Prozessgericht als durch den Richter, dem die Beweisaufnahme übertragen wurde, angeordnet werden, dass der Sachverständige bei der mündlichen Verhandlung oder in einem besonderen Termine erscheine, um sein Gutachten zu erläutern. Diese Anordnung kann auch, nachdem bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, getroffen werden.

2) Dass dem Sachverständigen, falls ein schriftliches Gutachten verlangt wird, eine besondere Anweisung ertheilt werden muss, ergibt sich aus der Natur der Sache wie aus den Vorschriften der §§ 342 Abs. 2 Nr. 2 und 361 Abs. 1.[3]) Dieselbe kann mündlich bei Gelegenheit der Beeidigung erfolgen

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 353; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 467; von Sarwey I S. 542; Gaupp II S. 317; Obermeyer S. 158; Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 88; Löwe S. 289. A. M. sind Seuffert S. 443; Hellmann II S. 269.

[2]) V. Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 468; Endemann II S. 256; Kleiner II S. 349; Gaupp II S. 318; Obermeyer S. 150. A. M. sind: Struckmann-Koch III. Aufl. S. 353; Seuffert S. 441.

[3]) In §§ 552 des nord. Entw. war ausdrücklich gesagt: „Das Gericht hat den Sachverständigen von dem Gegenstande der Begutachtung und den zu beantwortenden Fragen in Kenntniss zu setzen, geeigneten Falls unter Mittheilung der erforderlichen Aktenstücke.“

und mit dieser einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden. Sie kann aber auch in einer Mittheilung der Prozessakten bestehen.[1]) Eine Verhandlung des Sachverständigen mit den Parteien ist nicht vorgesehen, aber auch nicht ausgeschlossen.

3) Von einer Vorschrift, dass das schriftliche Gutachten Gründe enthalten müsse, wurde absichtlich Umgang genommen, was in den Motiven (497) in folgender Weise gerechtfertigt wurde: „Unzweifelhaft kann das Gericht nach § 376 Abs. 2 die Angabe der Gründe verlangen. Auch wird die Beifügung von Gründen in der Regel geschehen müssen; dennoch erschien die Aufnahme einer so positiven Bestimmung bedenklich, da in einzelnen Fällen z. B. bei der Abschätzung beweglicher Sachen nach der Natur der Dinge eine Begründung nicht nothwendig ist, unter Umständen kaum ausführbar sein würde.“ In welcher Weise das schriftliche Gutachten, wenn mehrere Sachverständige ernannt wurden und diese untereinander nicht übereinstimmen, zu erstatten und zu begründen ist, hängt vom Ermessen des Gerichts ab. (Bem. 1 zu § 369.) Hat dieses keine besonderen Vorschriften getroffen, so ist es den Sachverständigen überlassen, ob sie ein gemeinschaftliches Gutachten abgeben wollen oder jeder Einzelne ein besonderes Gutachten einreicht. Der § 359 findet hier keine Anwendung.[2])

§ 377.

Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.

Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

(E. § 364. M. 496. K. 150, 151.)

Durch die Vorschrift des Abs. 1, welche auch dann zur Anwendung kommt wenn sich die Parteien über die vom Gericht zu ernennenden Sachverständigen geeinigt haben (§ 369 Abs. 4),[3]) wird das Gericht ermächtigt, eine neue Begutachtung anzuordnen, wenn es in dem erstatteten Gutachten kein genügendes Material zur Beurtheilung der Sache findet. Ein Antrag, in Abs. 1 die Worte beizufügen „oder wenn zwischen mehreren Gutachten ein Widerspruch besteht,“ wurde von der J.-K. abgelehnt, nachdem von Amsberg bemerkt hatte: „er halte die beantragte Aenderung nicht für erforderlich; könne sich der Richter bei wider-

[1]) V. auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 354; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 468; Seuffert S. 444; Endemann II S. 256. A. M. ist Gaupp II S. 318.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 354; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 467; Seuffert S. 444; Endemann II S. 257; von Sarwey I S. 543. Gaupp II S. 319. A. M. sind: Puchelt II S. 211; Hellmann II S. 258, 259; Kleiner II S. 350; Obermeyer S. 155.

[3]) V. Seuffert S. 445; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 355.

sprechenden Gutachten kein Urtheil bilden, so liege der Fall des „ungenügenden“ Urtheils vor.“ (K. 150, 151.) Ein Antrag, nach welchem das Gericht, sofern wissenschaftlich-technische Kenntnisse nothwendige Voraussetzung der Begutachtung seien, verpflichtet sein sollte, eine neue Begutachtung anzuordnen, falls es das Gutachten für ungenügend erachte oder zwischen mehreren Gutachten ein Widerspruch bestehe, wurde als Eingriff in das Recht der freien Beweiswürdigung zurückgewiesen. (K. a. a. O.) Ob die Gutachten sich widersprechen oder übereinstimmen, immer hat der Richter das Recht, sich auf Grund derselben seine Ueberzeugung zu bilden und von einer neuen Begutachtung abzusehen. Auch über mehrere übereinstimmende Gutachten kann er sich hinwegsetzen. Auf einen richterlichen Eid kann zur Ergänzung des Gutachtens selbst nicht erkannt werden, wohl aber zur Ergänzung der thatsächlichen Grundlagen desselben.[1])

§ 378.

Der Sachverständige hat nach Massgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumniss, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und ausserdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.

(E. § 365. M. 497. K. 151.)

Dem § 378 liegt die Erwägung zu Grunde, dass dem Gutachter höhere Entschädigungsansprüche zustehen müssen als dem Zeugen. Er bedarf einer Vergütung für die Mühewaltung; auch kann ihm die Erstattung des Gutachtens Auslagen verursachen, welche nicht unter die Versäumniss, Reise- und Zehrungskosten fallen. (M. 497.) Dem entsprechend hat die Gebührenordnung vom 30. Juni 1878 (R.-G.-Bl. S. 173 ff.) für die Leistungen der Sachverständigen besondere Gebühren vorgeschrieben, welche nach § 17 durch den Richter festzusetzen sind, vor welchem die Verhandlung stattfindet. Bestehen besondere landesgesetzliche Taxvorschriften, so kommen diese nach § 13 G.-O. zur Anwendung. Auch dem Gutachter steht wegen seiner Gebühren ein unmittelbar gegen die Staatskasse gerichteter Anspruch zu. (Bem. 2 zu § 107 ff.) Hat der Sachverständige zum Zweck der Vernehmung oder Niederlegung des Gutachtens (v. jedoch Bem. 1 zu § 376) eine weitere Reise zu machen, so kann er nach § 166 G.-V.-G. einen Vorschuss verlangen.

§ 379.

Insoweit zum Beweise vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 355; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 468; Gaupp II S. 321.

sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

(E, § 366. M. 497. K. 151, 152.)

Die sachverständigen Zeugen, welche vergangene Thatsachen oder Zustände bekunden sollen, deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde voraussetzt, sind wahre Zeugen. Desshalb finden auf die Vernehmung derselben die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung. Die Hervorhebung des inneren Unterschiedes zwischen den Sachverständigen, die als Gehülfen des Richters stets aus Thatsachen Schlüsse ziehen, und den sachverständigen Zeugen, die eigene Wahrnehmungen bekunden, wurde zur Beseitigung von Streitigkeiten für angemessen erachtet. (M. 497.) Hiebei ist zu beachten, dass nur wer über vergangene Thatsachen und Zustände vernommen wird, nicht aber derjenige, welcher den gegenwärtigen Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache feststellt, als Zeuge zu behandeln ist. Der Arzt, der über den Verlauf einer von ihm beobachteten Krankheit oder das Ergebniss einer von ihm vorgenommenen Sektion vernommen wird, ist sachverständiger Zeuge ebenso der Kaufmann, der über die Beschaffenheit einer von ihm früher besichtigten, nicht mehr vorhandenen, Waare aussagen soll. Dagegen verlieren diese Personen, wenn sie vom Gericht beauftragt werden, sich über den Charakter und die Folgen einer Krankheit oder den Zustand einer Waare gutachtlich zu äussern, die Eigenschaft des Sachverständigen nicht dadurch, dass sie genöthigt sind, den Kranken zu beobachten, die Waare in Augenschein zu nehmen u. s. w. und über das Ergebniss ihrer Beobachtungen zu berichten. Dass ein Zeuge zugleich als Sachverständiger ernannt und als solcher vernommen wird, ist zulässig. In diesem Fall hat derselbe den Eid in beiden Eigenschaften zu leisten.[1]) In der J.-K. erklärte Direktor von Amsberg: „Es sei nicht ausgeschlossen, dass eine zunächst als Zeuge vernommene Person auch noch als Sachverständiger aufgestellt und verhört werde und in diesem Falle stehe sie in Bezug auf Gebühren u. s. w. dem Sachverständigen gleich.“ (K. 151, 152.)

Neunter Titel.

Beweis durch Urkunden.

(§§ 380—409.)

Vorbemerkungen.

1) Die Bestimmungen der C.-P.-O. über den Urkundenbeweis beziehen sich nur auf die schriftlichen Urkunden. Abweichend von anderen Gesetzen geschieht nichtschriftlicher Urkunden, wie Denkmäler, Kerbhölzer u. s. w. in der C.-P.-O. keine Erwähnung. Die Würdigung solcher Beweismittel ist Gegen-

[1]) V. hinzu: Keller St.-P.-O. II. Aufl. S. 87; Löwe S. 294; R.-G. (I Strafs.) 29. April 1880, Entscheid. in Strafs. I S. 402.

stand des freien richterlichen Ermessens. (§ 259.) Auf den Beweis durch schriftliche Urkunden findet dagegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung nur unter gewissen Beschränkungen Anwendung, welche in den §§ 380 bis 383 zusammengestellt sind. (M. 497.) Soweit solche Beschränkungen nicht in das Gesetz aufgenommen wurden, bleibt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung in Kraft.

2) Während in den §§ 380—384 die Beweiskraft der als echt anerkannten öffentlichen und Privaturkunden geregelt wird, beschäftigen sich die §§ 385—401 mit dem Verfahren insbesondere mit der Vorlegung und Herbeischaffung der Urkunden, die §§ 402—408 mit der Feststellung der Echtheit und § 409 mit den Folgen der böswilligen Beseitigung oder Untauglichmachung einer Urkunde. Auch ausserhalb des neunten Titels finden sich übrigens positive Beweisregeln für Urkunden besonders für solche, die in einem Prozesse aufgenommen oder durch denselben veranlasst wurden. §§ 76, 145 ff., 150, 153, 173, 174, 181, 185, 261 ff., 284, 285 ff., 682 und §§ 16 und 17 des E.-G.

§ 380.

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

§ 381.

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

(E. §§ 397, 398. M. 497—499. K. 152—156.)

I. System in Beziehung auf die Beweiskraft der Urkunden.

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

In den §§ 380 und 381 wird die formelle Beweiskraft derjenigen öffentlichen und Privaturkunden bestimmt, welche „Erklärungen“ enthalten. Jede

Urkunde, in welcher eine solche enthalten ist, beweist, dass dieselbe abgegeben wurde. Diese Beweiskraft haben nach den §§ 380 und 381 öffentliche wie Privaturkunden und zwar ohne Rücksicht auf den Inhalt der Erklärung. Eine Unterscheidung zwischen Willenserklärungen (rechtlichen Verfügungen und anderen Willenserklärungen von juristischen Belange) und sonstigen Erklärungen (Geständnissen nachtheiliger Thatsachen und Zeugnissen) wurde bezüglich der formellen Beweiskraft nicht für gerechtfertigt gehalten. Die §§ 380 und 381 reden daher schlechtweg von „Erklärungen.“ Die materielle Beweiskraft der Urkunden, welche je nach deren Inhalt eine verschiedene sein kann, und bei welcher die Unterscheidung zwischen Verfügungen, Zeugnissen und Geständnissen von Bedeutung ist, überlässt die C.-P.-O. im Allgemeinen der Regelung durch das bürgerliche Recht. Durch § 380 wird jedoch insofern auch die materielle Beweiskraft der öffentlichen Urkunde geregelt als bestimmt wird, welche Bedeutung dem Zeugniss eines öffentlichen Beamten oder einer Urkundsperson zukommt. Die formelle Beweiskraft bezieht sich auf die Frage, inwiefern eine Urkunde unter gewissen Voraussetzungen ihren Inhalt beweist, die materielle Beweiskraft auf die civilrechtlichen Folgen des durch die Urkunde bewiesenen Inhalts derselben.[1]) Bei den Vorschriften der §§ 380 ff. wird immer vorausgesetzt, dass die Echtheit der fraglichen Urkunde feststeht. (§§ 402 ff.)

2. *Urkunden, welche ein aussergerichtliches Geständniss enthalten.*

Bei Aufstellung des Entwurfs zur C.-P.-O. ging man von der Auffassung aus, dass keine Veranlassung vorliege, eine allgemeine Theorie über die materielle Beweiskraft aussergerichtlicher Geständnisse aufzustellen. (M. 498.) Welche Bedeutung einem in einer öffentlichen oder Privaturkunde enthaltenen aussergerichtlichen Geständnisse zukommt, ist hienach der freien Beweiswürdigung des Gerichts (§ 259) überlassen. (Bem. II. zu §§ 255 ff.) Uebrigens wurde in den Motiven a. a. O. bemerkt, es sei darauf zu rechnen, dass die im n. E. aufgestellte Beweisregel in der Theorie und Praxis auch ohne gesetzliche Fixirung Anerkennung finden werde.[2]) Bezüglich der Beweiskraft der Schuldscheine und Quittungen enthält § 17 E.-G. noch die besondere Bestimmung, dass dieselbe an den Ablauf einer Zeitschrift nicht gebunden sei.

3. *Beweiskraft der in Urkunden enthaltenen Zeugnisse.*

Soweit es sich bei einer öffentlichen oder Privaturkunde um ein Zeugniss bezüglich einer abgegebenen Erklärung handelt, kommen die §§ 380 und 381 zur Anwendung. Es besteht jedoch zwischen den beiden Arten von Urkunden

[1]) V. Schultze in der krit. V.-J.-Schr. Bd. 18 S. 211 ff., Struckmann-Koch III. Aufl. S. 359; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 471.

[2]) § 563 Abs. 1 n. E. lautet wie folgt: „Hat die in einer öffentlichen oder Privaturkunde enthaltene Willenserklärung das Geständniss einer Thatsache zum Gegenstande, so begründet dieses Geständniss zu Gunsten desjenigen, dem die Urkunde ausgestellt ist, gegen den Aussteller und dessen Rechtsnachfolger auch vollen Beweis dieser Thatsache.

insofern ein Unterschied, als die Privaturkunde, auch wenn ihre Echtheit feststeht, nur darüber vollen Beweis gibt, dass die betr. Erklärung vom Aussteller abgegeben wurde, während die öffentliche Urkunde bis zum Beweis des Gegentheils auch beweist, an welchem Orte und zu welcher Zeit die Erklärung abgegeben worden ist. (Bem. II. 2 und Bem. III. 2.)

4. Dispositive Urkunden.

Hinsichtlich der Urkunden, welche eine Willenserklärung enthalten, war bei Aufstellung des Entwurfs zur C.-P.-O. zwar die Auffassung vorherrschend, es sei in diesen Fällen die Urkunde Träger einer rechtlichen Disposition. Die Echtheit der Urkunde vorausgesetzt, könne das durch dieselbe ausgedrückte Rechtsgeschäft nicht mehr geleugnet werden, vielmehr habe die dispositive Urkunde in Betreff des Rechtsgeschäfts nicht bloss gegen den Aussteller und diejenigen, welche dessen Erklärungen anerkennen müssen sondern gegen Jedermann beweisende Kraft. Man nahm jedoch Anstand, diesem Satze durch eine besondere Vorschrift im Gesetze Ausdruck zu geben, weil es bedenklich sei, den Grundsatz zu formuliren ohne zugleich die Frage der Anfechtung der rechtlichen Verfügung und die Wirkungen derselben zu regeln und weil diese Regelung in den Bereich des bürgerlichen Rechts falle. Es wurde übrigens die Erwartung ausgesprochen, dass der Satz auch ohne gesetzliche Vorschrift zur Anwendung gelangen werde. (M. 498.)

II. Oeffentliche Urkunden, welche Erklärungen enthalten. (§ 380.)

1. Begriff der öffentlichen Urkunde.

Damit eine öffentliche Urkunde vorhanden ist, wird nach § 380 vorausgesetzt: a. dass die betr. Urkunde von einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person aufgenommen wurde; b. dass die öffentliche Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse bezw. die mit öffentlichem Glauben versehene Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises gehandelt hat; c. dass die Urkunde in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden ist. Diese Voraussetzungen müssen nicht bloss in dem Falle des § 380 sondern auch in denen der §§ 382 und 383 überhaupt immer vorhanden sein wenn eine Urkunde als öffentliche angesehen werden soll. Die Begriffsbestimmung des § ist eine allgemeine. Auch eine im Ausland aufgenommene Urkunde ist als eine öffentliche anzusehen, wenn sie den obigen Anforderungen entspricht. Nur bezüglich der Vermuthung der Echtheit besteht zwischen den in- und ausländischen öffentlichen Urkunden ein Unterschied; steht aber die Echtheit fest, so hat auch die ausländische Urkunde die im § 380 vorgesehenen Wirkungen. § 402, 403.) Ob die oben angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, insbesondere ob die in Frage stehende Behörde oder Person zur Aufnahme der Urkunde berechtigt war und ob die vorgeschriebenen Formen beobachtet wurden, ist nach den geltenden Reichs- und Landesgesetzen zu beurtheilen. Wechselprotestregister sind öffentliche Urkunden. [1]) Von den Vorschriften über die

[1]) V. R.-G. 7. Mai 1880 Entscheid. in Strafsachen Bd. I S. 426 ff.

Form sind diejenigen über den Inhalt der Urkunde zu unterscheiden. Eine Verletzung von Bestimmungen der letzteren Art hat nur dann die Wirkung, dass die betr. Urkunde nicht als öffentliche anzusehen ist, wenn ein bestimmter Inhalt zu den gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten gehört. Uebrigens ist aus den Bestimmungen des § nicht zu folgern, dass die Verletzung jeder einzelnen Vorschrift der den in § 380 vorgesehenen Charakter entzieht. Es ist vielmehr zwischen den wesentlichen Förmlichkeiten und den nur instruktionell vorgeschriebenen Formen zu unterscheiden und in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob die Nichtbeobachtung einer gesetzlichen Vorschrift mit Rücksicht auf den Wortlaut und Grund derselben der betr. Urkunde die Beweiskraft entzieht.[1]) Eine Bestimmung, dass eine Urkunde, die wegen eines wesentlichen Mangels nicht als öffentliche gelte, desshalb doch die Wirkung einer Privaturkunde haben könne, wurde als entbehrlich angesehen. (M. 499.) Unter den Begriff der Aufnahme fällt auch die Anerkennung des Inhalts einer als Anlage zum Protokoll übergebenen Privaturkunde. Auch hier ist die Erklärung vor der Behörde oder Urkundsperson abgegeben.[2]) Oeffentliche Behörden sind nicht bloss die unmittelbaren Organe des Staats. Vielmehr können auch die Organe der Gemeinde- und Kirchen-Verwaltung diesen Charakter haben. Zu den Personen mit öffentlichem Glauben (Urkundspersonen) sind in erster Linie die Notare zu rechnen, ausserdem die Standesbeamten, Gerichtsvollzieher sowie die zu Zustellungen verwendeten Postboten. Die Handelsmäkler sind keine Urkundspersonen. Die Beweiskraft ihrer Tagebücher und Schlussnoten unterliegt vielmehr der freien Würdigung des Gerichts. (V. § 13 Nr. 2 E.-G.)

2. *Beweiskraft der öffentlichen Urkunde.*

Unter dem durch eine Behörde oder Urkundsperson „beurkundeten Vorgang" ist, wie sich aus dem Wortlaut des § ergibt und in der J.-K. (153) hervorgehoben wurde, nichts Anderes zu verstehen als der Umstand, dass die in der Urkunde bezeichnete Person an dem bezeichneten Orte und zu der bezeichneten Zeit vor der Urkundsperson oder Behörde erschienen ist und die betreffende Erklärungen abgegeben hat. Nur die Abgabe der Erklärung, nicht die Richtigkeit des Inhalts derselben soll durch die Urkunde erwiesen werden. Um ein Missverständniss hierüber auszuschliessen, hatte Bähr in der J.-K. beantragt, den § 380 zu streichen und die Definition der öffentlichen Urkunden in § 383 aufzunehmen. Dieser Antrag wurde aber, nachdem sich die oben erwähnte Beschränkung Uebereinstimmung herausgestellt hatte, abgelehnt.[3]) (K. S. 152—156.)

3. *Beweis der unrichtigen Beurkundung des Vorgangs.*

Bei Aufstellung des Entwurfs zur C.-P.-O glaubte man bezüglich des Nachweises der unrichtigen Beurkundung von allen Beschränkungen absehen zu

[1]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 361; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 472; Gaupp II S. 328.

[2]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 361; Endemann II S. 267; von Sarwey I S. 548; Gaupp II S. 329.

[3]) V. auch R.-G. 11. Okt. 1881 jur. Wochenschrift J. 1881 S. 195.

müssen, weil gerade aus der nothwendigen Mitwirkung einer Urkundsperson die Möglichkeit einer unrichtigen Beurkundung der abgegebenen Erklärung erwachse und ganz abgesehen von Fälschungen durch mangelhaftes Verstehen, falsches Hören, unzureichende Verdolmetschung und ungebräuchlichen Dialekt leicht Irrthümer zwischen Instrumentsperson und Parteien entstehen könnten. Die damit verbundene Gefahr, dass aus Rücksicht auf die Form das materielle Recht geschädigt werde, wollte man um so weniger ignoriren als die im Gebiete des altpreussischen Rechts gemachten Erfahrungen bewiesen, dass die unbeschränkte Zulassung des in Frage stehenden Beweises die Sicherheit des Verkehrs nicht beeinträchtige. Der im Entwurf eingenommene Standpunkt wurde auch von der J.-K. gebilligt. Die Fassung des Entwurfs, in welchem gesagt war: „Der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts ist zulässig", wurde jedoch vielfach beanstandet. Schliesslich wurde über den Grundgedanken abgestimmt: „es solle gegen die durch die öffentliche Urkunde bezeugten Thatsachen, dass die betreffende Erklärung abgegeben, dass sie von der bestimmten Person, an bestimmter Zeit abgegeben sei, Gegenbeweis zugelassen werden" und nachdem die Kommission diesen Gedanken angenommen hatte, die Formulirung der Redaktionskommission überlassen, von welcher die heutige Fassung herrührt. Nach dieser ist es unzweifelhaft, dass der Gegenbeweis der unrichtigen Beurkundung bezüglich aller angegebenen Punkte zulässig ist und auf jede Weise insbesondere auch durch Zeugen und Eideszuschiebungen geführt werden kann. Es ist aber auch klar, dass nur soweit es sich um einen dieser Punkte handelt, ein Beweis erforderlich ist, um die Beweiskraft der Urkunde zu beseitigen. Der Nachweis, dass eine unrichtige Beurkundung erfolgte, wird in der Regel auch ergeben, ob diese in einer Fälschung oder in einem Irrthum u. s. w. ihren Grund hat. Unbedingt nothwendig ist aber eine Aufklärung über die Ursache der unrichtigen Beurkundung nicht.[1]) Auf die Fragen, ob die beurkundete Erklärung der Wahrheit entspricht und inwiefern dieselbe wegen Irrthums, Betrugs, Zwangs oder wegen Simulation angefochten werden kann, erstreckt sich das in der Urkunde enthaltene Zeugniss nicht. Diese Fragen sind vielmehr lediglich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen. Hienach bleibt beispielsweise die Vorschrift des Art. 1321 Code civil in Kraft, nach welcher Gegenscheine (contre-lettres) Dritten gegenüber keine Wirkung haben.

Dass der in § 380 Abs. 2 vorgesehene Beweis nur dann nothwendig ist, wenn die Urkunde als öffentliche gilt, ist selbstverständlich. Kann eine Partei beweisen, dass es an einem hiezu nothwendigen Erforderniss fehlt z. B. dass eine wesentliche Förmlichkeit nicht beobachtet wurde, so braucht sie den Beweis der unrichtigen Beurkundung nicht zu führen. Die betr. Urkunde kann in diesem Falle als Privaturkunde im weiteren Sinne des Wortes gelten und nach freier Würdigung des Gerichts als Beweismittel benützt werden. Die Vorschrift des § 381 kann aber auf dieselbe keine Anwendung finden, da die Partei durch die Nichtbeobachtung einer gesetzlichen Vorschrift nicht günstiger gestellt werden darf, als es ohnedem der Fall wäre. Da der Grund des Gesetzes auch dann zu-

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 477; Endemann II S. 270; Gaupp II. S. 330. A. M. sind: Struckmann und Koch III. Aufl. S. 362; von Bülow S. 267.

trifft, wenn die betr. Urkunde von den Parteien unterschrieben wurde, ist auch bezüglich solcher Urkunden der Beweis zulässig, dass der Vorgang unrichtig beurkundet worden ist. (Bem. II. 2.)

III. Privaturkunden. (§ 381.)

1. Begriff und Erfordernisse der Privaturkunden.

Als Privaturkunde ist an sich jede Urkunde anzusehen, welche nicht die Eigenschaften einer öffentlichen Urkunde hat. Eine solche Urkunde hat jedoch nur dann die in § 381 vorgeschriebenen Wirkungen, wenn sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist. Liegt eine solche Urkunde vor, so ist dieselbe auch dann beweisend wenn sie bloss mit einem Bleistift geschrieben oder unterschrieben worden ist.[1]) Als Unterschrift im Sinn des Gesetzes ist die Beifügung des Familiennamens anzusehen. Dagegen kann die Beifügung des Vornamens in der Regel nicht als Unterschrift gelten. Nur dann wird dieselbe genügen, wenn es, wie bei Landesherren, Bischöfen u. s. w., hergebracht ist, nur mit dem Vornamen zu unterschreiben.[2]) Zum Begriff der Unterschrift gehört es, dass der Name unter die Urkunde gesetzt wird.[3]) Auch ist ein handschriftlicher Vermerk erforderlich; der blosse Abdruck eines Stempels oder Siegels genügt nicht.[4]) Die Beifügung eines Handzeichens ist, falls dasselbe in der im Gesetz vorgeschriebenen Weise beglaubigt wurde, auch dann genügend, wenn bisher die Unterschrift erforderlich war. Die entgegenstehenden Vorschriften der Landesgesetze insbesondere die Bestimmungen, nach denen die Unterschrift durch andere Beifügungen (Siegel, Firmastempel u. s. w.) ersetzt werden kann, sind aufgehoben. Schriftstücke, welche den Vorschriften des § 381 nicht entsprechen, sind desshalb nicht ohne Beweiskraft. Vielmehr unterliegt diese nur wie die der nichtschriftlichen Urkunden (Vorbem. 1) der freien Würdigung des Gerichts. (M. 199.) Ob die Beifügung des Vornamens bezw. Handzeichens oder das Niederschreiben der Urkunde von der Partei zugestanden oder durch Zeugen erwiesen worden ist, ändert an der rechtlichen Bedeutung des Schriftstücks nichts, kann aber auf die Beurtheilung des Gerichts von Einfluss sein. Soweit es sich um Telegramme handelt, können nur die bei dem Telegraphenamt verbleibenden Urschriften als Privaturkunden im Sinne des § 381 angesehen werden.[5])

[1]) So entschied das O.-A.-G. in Dresden am 27. März 1863, Seufferts Archiv Bd. 21 Nr. 45 S. 154, Annalen des O.-A.-G. Bd. VII S. 253 ff. Gleicherweise wurde in Frankreich entschieden. V. Sirey-Gilbert zu Art. 1322 C. c. Nr. 2.

[2]) V. Seufferts Archiv Bd. IV. Nr. 172; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 363; Wilmowski-Levi II. Aufl. S. 478; Gaupp II S. 332; Seuffert S. 455; ferner Rep. gen. zum Journal du Palais v. signature Nr. 47 ff. insbes. Nr. 51.

[3]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 363; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 477; Gaupp II S. 332.

[4]) V. Wilmowski-Levy und Gaupp a. a. O.

[5]) V. Struckmann-Koch III. Aufl. S. 364; Puchelt II S. 221; von Sarwey I S. 554; Gaupp II S. 335.

2. *Beweiskraft der Privaturkunden.*

Steht es fest, dass die Aussteller einer Privaturkunde dieselbe unterschrieben oder ihr ein gehörig beglaubigtes Handzeichen beigefügt haben, so ist damit voller Beweis dafür geliefert, dass die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen wirklich von denselben abgegeben wurden. Die Behauptung, es sei die von einem Anderen geschriebene Urkunde ohne Kenntniss ihres Inhaltes oder vor der Ausfüllung derselben unterzeichnet worden, kommt, soweit es sich um den hier in Frage stehenden formellen Beweis handelt, nicht in Betracht und kann der Vorschrift des § gegenüber keine Wirkung haben. Vielmehr ist mit der Echtheit der Privaturkunde auch die Abgabe der Erklärung festgestellt. Insofern hat die Privaturkunde also eine noch grössere Beweiskraft als die öffentliche Urkunde, bei welcher, auch wenn sie von den Parteien unterschrieben worden ist, aus den in Bem. II. 3 angegebenen Gründen der Beweis der unrichtigen Beurkundung zulässig ist.[1]) Dagegen unterscheidet sich die Privaturkunde zu ihrem Nachtheil von der öffentlichen Urkunde dadurch, dass sie nur über die Thatsache, dass die Erklärung von den Ausstellern abgegeben wurde, nicht aber bezüglich des Orts und der Zeit der Abgabe (des Datums) Beweis liefert. Von einem besonderen Verfahren zum Zweck der Feststellung eines sicheren Datums hat die C.-P.-O. Umgang genommen. (M. 498, 499.) Das Gericht hat hienach (gemäss § 259) frei zu würdigen, welche Beweiskraft den Angaben einer Privaturkunde über die Zeit und den Ort der Ausstellung zukommt.

Hinsichtlich der materiellen Bedeutung der in einer Privaturkunde enthaltenen Erklärungen liegt die Sache ebenso wie bei den öffentlichen Urkunden. Die Erklärung kann eine Verfügung, ein Zeugniss oder ein aussergerichtliches Geständniss enthalten. Durch die Urkunde wird nur bewiesen, dass die betr. Erklärung vom Aussteller abgegeben wurde. Damit ist aber nicht festgestellt, welche Wirkungen dieselbe hat, in welcher Weise sie wegen Irrthums, Zwangs, Simulation angefochten werden kann u. s. w. Ein Antrag nach welchem statt der §§ 381 und 382 gesetzt werden sollte: „Urkunden, welche einen Rechtsakt enthalten, beweisen diesen Rechtsakt nach Massgabe der für das Zustandekommen desselben geltenden Vorschriften“ wurde von der J.-K. abgelehnt, nachdem von Amsberg bemerkt hatte: „Die unterschriebene oder beglaubigte unterzeichnete Privaturkunde solle vollen Beweis für die Thatsache liefern, dass die in der Urkunde enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben sei. Es handle sich aber nur um diese thatsächliche Beweisfrage. Diese habe mit der Rechtsfrage, wodurch schriftliche Erklärungen verbindliche Kraft gegenüber von Dritten erlangen, sowie mit der dispositiven Natur der Urkunde nichts zu thun. Damit befasse sich der Antrag; materielle Beweisregeln gehörten aber nicht in die Prozessordnung.“ Darauf erklärte der Antragsteller noch: „er nehme hienach an, dass auch die Frage, welche Bedeutung der Besitz der Urkunde für deren Beweiskraft habe, bei § 381 ausser Betracht geblieben sei.“ (K.: 155, 156.)

[1]) So auch Struckmann-Koch III. Aufl. S. 362, 363; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 478, 479; Puchelt II S. 220; von Sarwey I S. 555; Hellmann II S. 284; Endemann II S. 273; Kleiner II S. 365; Gaupp II S. 334. V. dag. Seuffert S. 456; Wernz in der Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht Bd. III S. 367 ff.

§ 382.

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

(E. § 369. M. 499. K. 156.)

Die Vorschrift des §, bei welcher die Echtheit der Urkunde d. h. die Ausstellung durch die Behörde vorausgesetzt wird, bezieht sich auf solche „von Behörden“ (nicht von Urkundspersonen) ausgestellte Urkunden, durch welche nicht eine vor der Behörde abgegebene Erklärung beurkundet wird, welche vielmehr eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthalten. Die in Frage stehende Vorschrift rechtfertigt sich dadurch, „dass die Urkunde selbst in authentischer Form die amtliche Anordnung, Verfügung, Entscheidung darstellt.“ (M.: 499.) Es wird durch die Urkunde „nur die Thatsache, dass die betr. Anordnung oder Entscheidung ergangen ist, nicht aber die Richtigkeit des Inhalts der betr. Anordnung u. s. w.“ erwiesen. (K.: 156.) Die rechtliche Bedeutung der Anordnung wird durch die Vorschrift des § 382 sowenig wie durch die des § 380 berührt. Die Beweissregel bezieht sich aber auf den ganzen Inhalt der Urkunde, also auch auf Ort und Zeit der Ausstellung. [1])

§ 383.

Oeffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschliessen oder beschränken.

Beruht das Zeugniss nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, dass die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

(E. § 370. M. 499, 500. K. 156.)

1) Durch § 383 wird die Beweiskraft solcher öffentlicher Urkunden geregelt, welche weder die Anordnung oder Entscheidung einer Behörde (§ 382) noch die Beurkundung einer von einem Dritten abgegebenen Erklärung (§ 380)

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 480; Endemann II S. 275; Gaupp II S. 336. A. M. ist anscheinend Puchelt II S. 220, 221.

enthalten, durch welche vielmehr auf Grund eigener Wahrnehmungen der Behörde oder Urkundsperson oder auf Grund vorgenommener Ermittlungen die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache bezeugt wird. Als Beispiele solcher Urkunden wurden in den Motiven (499 ff.) die Zustellungsurkunden (§ 174), die Protokolle der Gerichtsvollzieher über Vollstreckungshandlungen (§ 682), Wechselproteste (Art. 87 W.-O.), und Berichte der Postboten (Reichspostgesetz § 74) bezeichnet. Es gehören aber hierher auch alle anderweitigen Beurkundungen, welche den Vorschriften des § 380 entsprechen (Bem. II. 1 zu diesem §), insbesondere die Bescheinigungen von Standesbeamten, richterlichen Personen oder Gerichtsschreibern über den Inhalt der Handels- und Genossenschaftsregister, Grundbuch- und Hypothekenbeamten über Eintragungen in diese Bücher u. s. w.

2) Liegt eine solche Urkunde in gehöriger Form vor, so begründet dieselbe vollen Beweis der darin bezeugten Thatsache; es ist jedoch, wie im Fall des § 380, der Gegenbeweis zulässig sofern nicht die Landesgesetze denselben ausschliessen oder beschränken. Der Nachweis, dass eine Fälschung oder ein Irrthum zu Grund liegt, ist hier ebensowenig wie im Falle des § 380 erforderlich.[1]) Der Gegenbeweis kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden. Die Vorschrift des § 411 bezieht sich nur auf Thatsachen, welche das Gericht für erwiesen hält, nicht auf solche, welche nach einer gesetzlichen Vorschrift vorbehaltlich des Gegenbeweises für wahr zu halten sind.[2])

3) In der Regel erstreckt sich die Beweiskraft der Urkunde nur auf diejenigen Thatsachen, welche von der Behörde oder Urkundsperson selbst wahrgenommen sind, also durch deren amtlichen Glauben gedeckt werden. „Der Abs. 3 des § hält aber ausserdem diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, durch welche ausnahmsweise die Beweiskraft des amtlichen Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig gemacht wird und dieser die amtlichen Ermittlungen gleichgestellt werden. Hieher gehören die Zeugnisse der Geistlichen und Civilstandsbeamten über den Personenstand. Nach dem badischen Gesetze vom 21. Dez. 1869 §§ 21 Abs. 2, 36, 37, 40 Abs. 3, 47 bestehen die Bescheinigungen über Geburten und Sterbefälle in Ausfertigungen der von Seiten der gesetzlichen hiezu verpflichteten Personen gemachten Anzeigen. Die weitere Geltung dieses Gesetzes ist durch § 16 Nr. 2 Einf.-Ges. ausgesprochen. (M.: 500.) Die in der J.-K. gestellte Anfrage, ob die in Abs. 3 enthaltene, hauptsächlich mit Rücksicht auf landesgesetzliche Vorschriften über Beurkundung des Personenstandes getroffene, Bestimmung nicht entbehrt werden könne, nachdem das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 die betr. Landesgesetze ausser Kraft setze, wurde von Direktor von Amsberg verneint, weil noch andere Landesgesetze des in Abs. 3 enthaltenen Inhalts existirten und die aufgehobenen Landesgesetze noch für die Vergangenheit in Betracht kämen. (K.: 156.)

§ 384.

Inwiefern Durchstreichungen, Radirungen, Einschal-

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 480; Gaupp II S. 338.

[2]) Struckmann-Koch III. Aufl. S. 365; Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 480, 480. A. M. ist Gaupp II S. 338.

tungen oder sonstige äussere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder theilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.

(E. § 371. M. 500. K. 156 und 160 ff.)

1. Die Vorschrift des §, welcher ausdrücklich auf die freie Beweiswürdigung des Gerichts verweist weil alle Beweisregeln der §§ 380—393 nur mit der in § 384 enthaltenen Beschränkung gelten, bezieht sich bloss auf „äussere" Mängel der angegebenen Art, zu denen auch die Unleserlichkeit einzelner Stellen in Folge von Verwischungen, Dintenflecken u. s. w. zu rechnen ist. Sie findet aber nicht bloss dann Anwendung, wenn diese Mängel schon bei Errichtung der Urkunde entstanden sind, sondern auch dann, wenn anzunehmen ist, dass dieselben durch spätere Veränderungen bewirkt wurden. (M.: 500.) Auf innere Mängel, bezw. auf die Frage, ob wegen der Nichtbeobachtung gesetzlicher Vorschriften über die Form der betr. Urkunde derselben die Beweiskraft fehlt, erstreckt sich die Bestimmung nicht. (V. Bem. III. zu §§ 173 ff.) Liegt ein äusserer Mangel der fraglichen Art vor, so hat das Gericht frei zu beurtheilen, welche Bedeutung der Einschaltung oder Durchstreichung u. s. w. zukommt. Dasselbe hat nicht bloss über den Einfluss der Mängel auf die Beweiskraft zu entscheiden. Vielmehr tritt, wenn äussere Mängel vorhanden sind, der Grundsatz des § 259 wieder vollständig in Kraft. Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob die Beweiskraft der Urkunde beeinträchtigt ist und welche Bedeutung ihr noch zukommt.[1]) Da der Inhalt der ganzen Urkunde durch den betr. Passus geändert werden kann, muss sich die freie Beweiswürdigung auf alle Theile der Urkunde erstrecken, deren Bedeutung durch den Mangel berührt wird. Die Vorschrift des § kann übrigens dann nicht zur Anwendung kommen, wenn der betr. Mangel in gehöriger Weise z. B. durch Genehmigung der Einschaltung, Durchstreichung u. s. w. verbessert wurde. In diesem Falle liegt kein äusserer Mangel vor. Zufolge der Verbesserung liegt die Sache vielmehr ebenso, als ob der Mangel von vornherein vermieden worden wäre.[2])

2. In der J.-K. stellte Bähr den Antrag, den § 384 zu streichen und statt dessen dem § 405 beizufügen: „Diese Vermuthung erstreckt sich nicht auf Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen und sonstige, den ordnungsmässigen Zusammenhang der Schrift unterbrechende Abänderungen." Dieser Antrag wurde jedoch, nachdem derselbe von einem Regierungskommissar bekämpft worden war, abgelehnt. (K. 160.) Es kann übrigens keinem Zweifel unterliegen, dass wenn äussere Mängel vorliegen, auch die Prüfung der Echtheit eine ganz freie, durch die §§ 401 ff. nicht mehr gebundene ist.[3])

[1]) V. Wilmowski-Levy II. Aufl. S. 481; Seuffert S. 458; Endemann II S. 277; Gaupp II S. 339. A. M. sind: Struckmann und Koch III. Aufl. S. 366.

[2]) V. Seuffert S. 458; Uebel S. 362; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 366. A. M. sind: von Wilmowski und Levy II. Aufl. S. 481, 482.

[3]) V. Seuffert S. 473; Endemann II S. 277; Gaupp II S. 339; Struckmann-Koch III. Aufl. S. 366 und 382.

J. Grube.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Petersen, Julius, 1835-1909

Die Civilprocess-Ordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungs-Gesetz

Bd.: 1

Lahr 1883

J.pract. 37 fq-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11634006-9